



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE  
CIÊNCIAS SOCIAIS - FAJS**

**THADEU COSTA NORMANDO**

## **BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Brasília  
2015

THADEU COSTA NORMANDO

## **BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Rodrigo Fernandes M. Ferreira.

Brasília  
2015

THADEU COSTA NORMANDO

## **BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Rodrigo Fernandes M. Ferreira.

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador Rodrigo Fernandes M. Ferreira

---

Examinador 1

---

Examinador 2

Brasília  
2015

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Álvaro e Silvânia, pela dedicação, pelos sacrifícios e por nunca terem desistido de mim.

À minha noiva, Ana Paula, pela paciência, pelo companheirismo e por sua doce presença em todos os momentos.

À todos que de alguma forma contribuíram para meu crescimento pessoal e intelectual.

## RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o imbróglio das biografias não autorizadas, expondo o conflito entre liberdade de expressão e direito à informação e o direito fundamental à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra. O escopo é analisar a constitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil brasileiro a partir de sua interpretação literal, que pressupõe a autorização prévia do personagem biografado, ou de seus representantes legais em caso de personagem já falecido, para a publicação de gênero biográfico.

**Palavras-Chave:** Direito Constitucional. Direito Civil. Biografias não autorizadas. Colisão de normas de direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Direito à informação. Direitos da personalidade. Privacidade. Princípio da ponderação.

## **ABSTRACT**

The present monograph intends to analyze the imbroglio of the unauthorized biography, exposing the conflict between freedom of expression and right to information and the fundamental right to privacy, private life, image and honor. The scope of the study is to analyze the constitutionality of the articles 20 and 21 of the Brazilian Civil Code from its literal interpretation, which presupposes prior authorization of the biography character, or his legal representatives in case of already deceased character, for publication of the biographical genre.

Key-words: Constitutional right. Civil law. Unauthorized Biographies. Collision of fundamental rights standards. Freedom of Expression. Right to Information. Personality Right. Privacy. Weighting Principle.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
<b>2.1 Histórico dos Direitos Fundamentais.</b> .....	12
<b>2.2 Direitos humanos e direitos fundamentais.</b> .....	14
<b>2.3 Dimensões ou Gerações de direitos fundamentais.</b> .....	15
2.3.1 <i>Primeira dimensão.</i> .....	16
2.3.2 <i>Segunda dimensão.</i> .....	17
2.3.3 <i>Terceira dimensão.</i> .....	18
<b>2.4 Características dos direitos fundamentais.</b> .....	19
<b>2.5 Dimensão subjetiva e dimensão objetiva.</b> .....	20
<b>2.6 Aplicabilidade dos direitos fundamentais.</b> .....	22
<b>2.7 Titularidade.</b> .....	22
<b>2.8 Relações privadas / sujeitos passivos dos direitos fundamentais.</b> .....	24
<b>2.9 Natureza relativa.</b> .....	26
<b>2.10 Limites (ou restrições) a direitos fundamentais.</b> .....	27
2.10.1 <i>Teorias.</i> .....	28
2.10.2 <i>Âmbito de proteção e suporte fático dos direitos fundamentais.</i> .....	31
2.10.3 <i>Limites (ou restrições).</i> .....	33
2.10.4 <i>Limites dos limites (ou restrições das restrições).</i> .....	36
<b>2.11 Conflito (ou colisão) de direitos fundamentais.</b> .....	39
2.11.1 <i>Princípio da proporcionalidade.</i> .....	41
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE RELACIONADOS AO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS. ....	46
<b>3.1 A liberdade de expressão e informação.</b> .....	46
3.1.1 <i>Limitações à liberdade de expressão e informação.</i> .....	51
<b>3.2 Direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem.</b> .....	52
3.2.1 <i>Limites ao direito à privacidade.</i> .....	57
<b>3.3 A colisão entre os direitos a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e a liberdade de expressão e informação na jurisprudência.</b> .....	58
4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20 DO CÓDIGO CIVIL. ....	61
<b>4.1 Precedentes judiciais.</b> .....	61
4.1.1 <i>Estrela Solitária — Um brasileiro chamado Garrincha</i> .....	62
4.1.2 <i>Roberto Carlos em detalhes.</i> .....	66

4.1.3 <i>Lampião – O Mata Sete</i> .....	68
<b>4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 4.815.</b> .....	70
<b>4.3 Esfera legislativa.</b> .....	72
<b>4.4 Localização problemática.</b> .....	74
<b>4.5 Interpretação constitucionalmente adequada do art. 20 do Código Civil.</b> .....	79
<b>4.6 Aplicação da técnica da ponderação ao caso das biografias não autorizadas....</b>	81
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	86
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	92



## 1 INTRODUÇÃO

A polêmica discussão acerca das biografias voltou ao centro do debate em meados de 2013, quando o grupo *Procure Saber* se posicionou a favor da exigência de autorização prévia para a publicação e comercialização de obras biográficas.

O *Procure Saber*, formado por alguns dos maiores artistas brasileiros – como Roberto Carlos, Chico Buarque, Caetano Veloso, Milton Nascimento, Djavan, Erasmo Carlos e Gilberto Gil – tomou a frente da discussão, levantando a bandeira do direito à privacidade em prejuízo das liberdades de expressão e de pensamento e da informação, reacendendo a problemática discussão quanto à publicação de biografias sem autorização do personagem biografado ou de seus representantes legais.

A celeuma jurídica envolvendo o tema das biografias não autorizadas se dá a partir da interpretação dada aos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que tutelam os *direitos da personalidade*. A redação final dos dispositivos em tela acaba por suscitar controvérsia interpretativa.

O entendimento literal dado aos dispositivos em questão põe em rota de colisão, por um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação, e, do outro, o direito à privacidade. Como se vê, todos direitos fundamentais expressos na Constituição brasileira e essenciais a um Estado Democrático de Direito à semelhança do brasileiro.

Justamente por contrapor direitos expressamente prescritos na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal – STF foi provocado a se posicionar sobre o tema. Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.815, sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) questiona a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro. O escopo do pedido é a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto dos dispositivos legais. A ADI aguarda inclusão em pauta para julgamento.

Contudo, conforme se observará mais a frente, quando da análise de alguns casos emblemáticos e que chegaram à decisão do Poder Judiciário, a lide jurídica retoma a um passado mais distante – por exemplo, há o caso da biografia não autorizada de Mané Garrincha (Estrela Solitária, Editora Companhia das Letras),

escrita pelo jornalista Ruy Castro e que retorna ao longínquo ano de 1995, quando as representantes legais do craque das pernas tortas começaram longo imbróglio judicial à luz do pretérito Código Civil de 1916 e que só terminou após acordo entre as partes envolvidas.

O objetivo do presente trabalho é tentar responder à pergunta que se apresenta: a necessidade de prévia autorização do biografado ou de seus representantes legais para a veiculação de publicações biográficas representaria afronta aos princípios e garantias especialmente previstos e consolidados na Constituição Federal de 1988, em especial a liberdade de expressão e o direito à informação?

Como acima exposto, e não é demais salientar, o debate teórico é polarizado, precipuamente, entre aqueles que entendem ser os artigos 20 e 21 do Código Civil inconstitucionais em sua essência, por violar as liberdades de expressão e informação, e os que sustentam pela preponderância da vida privada e da tutela dos direitos da personalidade.

Fato é que para alguns, a interpretação aos arts. 20 e 21 do Diploma Civil deve ser feita de maneira a não usurpar e ou infringir o direito fundamental à informação e às liberdades de expressão e de pensamento. Excluir-se-ia, desse modo, por afronta à Constituição, qualquer entendimento de tais dispositivos legais que limite a publicação de obras biográficas à autorização *a priori* dos biografados ou de seus representantes.

Nesse sentido, qualquer limitação da publicação e circulação de obras biográficas desrespeitaria, materialmente, o direito fundamental à informação, por criar escolha subjetiva de histórias a serem divulgadas, em sacrifício das liberdades de expressão e de pensamento e em censura de trechos mal quistos pelo retratado, o que configuraria real censura privada, banida pela Constituição Federal.

Para outros, contudo, o indivíduo deve ter inviolável sua vida e sua privacidade, posto que direito privado maior, sob pena de afronta a princípio basilar do ordenamento pátrio, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

De toda sorte, claro está que os arts. 20 e 21 do Código Civil, ao tutelarem a imagem, a privacidade e a honra das pessoas, devem ser entendidos e executados em conformidade com a Carta Magna Constitucional (assim como a interpretação *in abstracto* de qualquer outra norma infraconstitucional), de modo a não sacrificar qualquer dos princípios ou preceitos alçados à estatura constitucional pelo constituinte originário.

Visando responder a celeuma jurídica, estudamos importantes pontos relacionados à Teoria dos Direitos Fundamentais, bem como os principais aspectos relacionados às normas de direitos fundamentais em espécie colidentes.

A partir do embasamento teórico necessário, enfrentamos alguns precedentes judiciais relacionados ao tema, demonstrando a falta de uniformidade nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Ainda, fez-se também uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, relacionada especificamente às biografias não autorizadas, bem como das ações legislativas em andamento.

Por fim, buscando analisar a constitucionalidade dos dispositivos civis em destaque a partir de sua interpretação literal, utilizamos a técnica da proporcionalidade para sopesar os valores e princípios colidentes.

Assim, averiguamos se a necessidade de prévia autorização do biografado satisfaz ao subprincípio da adequação, verificando se o meio é eficaz para alcançar o fim almejado. Em um segundo momento, analisamos se não há uma maneira menos gravosa (subprincípio da necessidade) à liberdade de expressão e informação de modo à tutelar a privacidade do indivíduo. Por fim, verificou-se se é razoável limitar (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito) a liberdade de expressão em face da intimidade.

Concluiu-se pela inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil a partir da interpretação literal dada a esses dispositivos, tendo em vista que não vence a proporcionalidade em sentido estrito, sendo o dispositivo não razoável e, assim, inconstitucional.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Claro está que o imbróglio envolve a colisão de normas de direitos fundamentais expressas na Constituição Federal de 1988.

Assim, são necessárias algumas considerações teóricas sobre os Direitos Fundamentais, passando, em seguida, ao estudo dos direitos fundamentais em espécie que entram em rota de colisão no caso em tela, quais sejam, as liberdades de expressão e o acesso à informação e os direitos a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

O que se busca, nos tópicos que se seguem, não é o estudo pormenorizado da Teoria dos Direitos Fundamentais, posto que tal tema seria tese suficiente – e não se esgotaria – para uma tese de doutorado. Busca-se tão somente passar por alguns dos principais tópicos concernentes a tal estudo, abordando aquilo que se encaixa ao tema ora em análise e que dará base à problematização que será enfrentada mais à frente.

### 2.1 Histórico dos Direitos Fundamentais.

Corrente minoritária da doutrina indica como surgimento dos direitos fundamentais a Magna Carta inglesa, de 1215, do rei João Sem-Terra. Porém, como destaca Vicente Paulo, os direitos ali estabelecidos não objetivavam garantir uma esfera de liberdades ao povo, mas sim, substancialmente, “assegurar poder político aos barões mediante a limitação dos poderes do rei”.<sup>1</sup>

Fato é que a evolução cronológica dos direitos fundamentais está intimamente integrada à progressão filosófica dos direitos humanos como direitos de liberdade – e sua necessária positivação –, evoluindo do ideal *jusnaturalista* ao *juspositivismo* até a concepção do constitucionalismo moderno.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 93.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 39-40.

Segundo a lição de Marcelo Novelino, a dicção *direitos fundamentais* surgiu na França, em 1770, a partir do movimento político que originou a *Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão*, de 1789.<sup>3</sup>

Paulo Gonet Branco destaca que o fortalecimento dos direitos fundamentais como normas compulsórias é consequência do amadurecimento histórico.<sup>4</sup> Segundo o doutrinador, merece destaque na consolidação dos direitos fundamentais os ideais do cristianismo e as teorias contratualistas<sup>5</sup>, que tiveram importante influência sobre a já citada *Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão* e sobre a *Declaração de Direitos de Virgínia*, de 1776:

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. [...] as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado.<sup>6</sup>

Continua Gonet Branco que foi a partir da segunda metade do século XVIII que os Direitos Fundamentais – ou Direitos do Homem, na expressão de Norberto Bobbio<sup>7</sup>, passaram a ser positivados e expressos nas Declarações e Leis fundamentais ocidentais.<sup>8</sup>

Os direitos fundamentais atingiram colocação de evidência na sociedade a partir da inversão da lógica até então existente entre Estado e homem, passando-se a identificar que, precipuamente, o indivíduo tem direitos, e, em segundo plano, deveres face o Estado, e que os direitos que o Estado tem frente ao indivíduo têm como escopo melhor cuidar das conveniências da coletividade.<sup>9</sup> Tal inversão se deu em contraposição ao Estado absolutista até então existente na Europa.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 392.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 154.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17

<sup>8</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p.154.

<sup>9</sup> Ibidem. p. 155.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 42.

Vale a lição de Norberto Bobbio:

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, características da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súdito: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade.<sup>11</sup>

Ainda segundo Bobbio, essa inversão se deu no início da era moderna, sobretudo a partir das guerras de cunho religioso, por meio das quais se foi afirmando o “direito de resistência à opressão” estatal e da Igreja, o que pressupõe um direito substancial.<sup>12</sup>

## 2.2 Direitos humanos e direitos fundamentais.

Um dos primeiros temas que merecem relevo na Teoria dos Direitos Fundamentais se associa à distinção existente entre estes e os Direitos Humanos. O tema, importante, não é objeto de muita controvérsia doutrinária, motivo pelo qual teceremos breves considerações.

Os direitos fundamentais estão em posição jurídica assegurada pela Constituição. Esse, sem dúvida nenhuma, é o principal traço que distingue os direitos fundamentais dos direitos humanos. Vale ressaltar: sua previsão em texto constitucional.<sup>13</sup> Enquanto direitos fundamentais estão expressos na Lei Maior, os direitos humanos, por seu turno, teriam um caráter internacional.<sup>14</sup>

Vejamos a síntese de Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pesem serem ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal,

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 4.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 392.

<sup>14</sup> Ibidem.

independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>15</sup>

Assim, como se observa, fica evidente que a diferença primordial é de cunho conceitual, em que direitos humanos se relacionam a direitos internacionalmente consagrados, enquanto direitos fundamentais são os assim previstos na Constituição de dado local.

### **2.3 Dimensões ou Gerações de direitos fundamentais.**

Para Bobbio, os direitos fundamentais são direitos históricos, ou seja, provenientes de determinado contexto, “caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.<sup>16</sup> Nessa mesma linha, a lição de Gonet Branco, para quem os direitos fundamentais não são sempre os mesmos em todas as épocas.<sup>17</sup>

Assim, seguindo essa perspectiva histórica de Bobbio, observa-se um gradativo amadurecimento dos direitos fundamentais, o que a doutrina sistematizou por meio de classificação, em gerações ou dimensões.<sup>18</sup> A classificação mais aceita entre a doutrina define direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações/dimensões, conforme o momento histórico em que passaram a ser positivados.<sup>19</sup>

Para Novellino<sup>20</sup>, a máxima revolucionária do século XVIII (*liberdade, igualdade e fraternidade*) anunciou a matéria e a ordem histórica de surgimento dos direitos fundamentais.

Vale salientar que a classificação dos direitos fundamentais em dimensões (ou gerações) é afirmada objetivando localizar os estágios distintos em que esses

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 29.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. – Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 4.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 153.

<sup>18</sup> SARLET. op. cit. p. 45.

<sup>19</sup> Ibidem. p. 46.

<sup>20</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 399.

direitos surgem.<sup>21</sup> Na lição de Gonet Branco, falar em sucessão de gerações não quer dizer que os direitos estabelecidos num estágio tenham sido ultrapassados ou excluídos por outros surgidos em momento posterior.<sup>22</sup>

### 2.3.1 Primeira dimensão.

A primeira dessas gerações abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. Destaca Gonet Branco:

São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.<sup>23</sup>

Os direitos fundamentais de primeira dimensão exigem uma necessidade de abstenção do Estado frente o indivíduo, colocando em evidência a liberdade dos homens individualmente considerados. São exemplos de direitos de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade de ir e vir, à liberdade de expressão, dentre outros.<sup>24</sup>

A confirmação dos direitos fundamentais de primeira geração é resultado do movimento que culminou na Revolução francesa, com a queda do Estado Absolutista como até então se conhecia. Tal paradigma histórico assegurou, dentre outras conquistas, a separação dos poderes e a positivação de direitos individuais em documento rígido.<sup>25</sup>

Leciona Marcelo Novelino:

Nesse período surgiram as primeiras Constituições escritas, consagrando direitos fundamentais ligados ao valor liberdade, os chamados direitos civis e políticos. Os direitos de primeira dimensão têm como titular o indivíduo e são

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 46.

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 156.

<sup>23</sup> Ibidem. p. 156.

<sup>24</sup> SARLET. op. cit. p. 46-47.

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 563.



oponíveis, sobretudo, ao Estado, impondo-lhe diretamente um dever de abstenção (*caráter negativo*).<sup>26</sup>

Por fim, quanto aos direitos de primeira dimensão, vale citar Paulo Bonavides, para quem tais direitos são os primeiros a se fazerem presentes das constituições, quais sejam, direitos civis e políticos, e que em grande medida se relacionam à fase inaugural do constitucionalismo ocidental.<sup>27</sup>

### 2.3.2 Segunda dimensão.

Por seu turno, os direitos fundamentais de segunda dimensão positivam os direitos sociais, econômicos e culturais. Tais direitos colocam em evidência uma obrigação do Estado em prestar ações que visem à justiça social.<sup>28</sup>

Por exigirem do Estado prestações positivas – algumas longe do campo do concreto –, os direitos de segunda dimensão são usualmente denominados como programáticos, sendo reconhecidos como diretrizes ou objetivos a serem alcançados.<sup>29</sup>

Gonet Branco destaca, quanto aos direitos fundamentais de segunda dimensão, o princípio da igualdade. Para esse autor, tal princípio “passa a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais”.<sup>30</sup> No mesmo sentido, Paulo Bonavides destaca que “tais direitos nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.<sup>31</sup>

Os direitos sociais passaram a ser largamente garantidos a partir das primeiras décadas do século XX e destaca a reserva do possível.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 399.

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 563.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 564.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 47.

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 156.

<sup>31</sup> BONAVIDES. op. cit. p. 564.

<sup>32</sup> SARLET. op. cit. p. 47.

## Segundo Novelino:

A implementação das prestações materiais e jurídicas exigíveis para a redução das desigualdades no plano fático, por dependerem, em certa medida, da disponibilidade orçamentária do Estado ('reserva do possível'), faz com que estes direitos geralmente tenham uma efetividade menor que os direitos de defesa.<sup>33</sup>

Mister se faz destacar que dentre os direitos fundamentais de segunda geração não se englobam apenas direitos a prestações, mas, também, as liberdades sociais – como direitos fundamentais dos trabalhadores, a exemplo das liberdades de sindicalização, o direito a greve e ao salário mínimo.<sup>34</sup>

Vale ressaltar ainda que, embora, em sua grande maioria, tais direitos tenham por titulares os indivíduos, são usualmente denominados de direitos sociais por terem como norte o princípio da igualdade e buscarem a justiça social.<sup>35</sup>

### 2.3.3 Terceira dimensão.

Já no fim do século XX, nascem os direitos fundamentais de terceira dimensão, baseados no princípio da solidariedade ou fraternidade e que se caracterizam, segundo Gonet Branco, pela titularidade difusa ou coletiva, ou seja, o titular desses direitos não é o homem isoladamente, mas a coletividade, os grupos sociais.<sup>36</sup>

Novelino, citando Celso de Mello, destaca ainda que os direitos de terceira dimensão seriam direitos transindividuais, uma vez que “materializariam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todos”.<sup>37</sup>

Para Bobbio, os direitos fundamentais de terceira dimensão ainda não estão claros, orbitando em meio a uma obscuridade. Segundo o autor, tais direitos constituiriam uma categoria ainda heterogênea e vaga.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 399.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 156.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> NOVELINO. op. cit. p. 401.

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 4.

Alexandre de Moraes destaca que os direitos de terceira dimensão “englobam um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos”.<sup>39</sup>

Nesse sentido, vale a lição de Paulo Bonavides:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.<sup>40</sup>

## 2.4 Características dos direitos fundamentais.

Listar atributos de maneira inflexível à direitos fundamentais é algo impossível, tendo em vista que as características são variáveis de acordo com a história e a cultura de dada Nação e sociedade. Ou seja: não há como listar características universais.<sup>41</sup>

Não obstante, é possível listar algumas características que são comumente estabelecidas pela doutrina pátria aos direitos fundamentais brasileiros. Vejamos.

Os direitos fundamentais não são alcançados pela prescrição (imprescritibilidade), além de serem intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis (inalienabilidade/indisponibilidade).<sup>42</sup>

Por regra, os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia (irrenunciabilidade). Leciona Novellino que “não se deve admitir a renúncia ao núcleo substancial de um direito fundamental, ainda que a limitação voluntária seja válida sob certas condições”.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 31-32.

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 569.

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 161.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 181.

<sup>43</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 398.

Ademais, os direitos fundamentais devem acolher a todos, sem distinção por raça, nacionalidade, sexo ou credo (universalidade). Claro está que todos os indivíduos são destinatários de direitos fundamentais e que o simples fato de ser humano é requisito bastante para titularizar tais direitos. Contudo, alguns direitos fundamentais não são titularizados por qualquer pessoa.<sup>44</sup>

Ainda, os direitos fundamentais se caracterizam como um agrupamento de normas reflexo da conjuntura histórica e que apenas tem cabimento num dado contexto (historicidade).<sup>45</sup>

Também, os direitos fundamentais sofrem limitação em seu âmbito de proteção, não sendo absolutos – encontram limitações em outros direitos constitucionalmente consagrados, por exemplo (relatividade).<sup>46</sup> Tal característica talvez seja das mais importantes quando do enfrentamento da problemática envolvendo o caso das biografias não autorizadas.

Por fim, os direitos fundamentais devem ser analisados sistematicamente, ou seja, o intérprete deve ter em mente todo o arcabouço principiológico constitucional, de modo a garantir os objetivos delineados pelo constituinte originário (complementaridade).<sup>47</sup>

## **2.5 Dimensão subjetiva e dimensão objetiva.**

De acordo com a perspectiva analisada, verifica-se que os direitos fundamentais apresentam diferentes dimensões, as quais proporcionam uma característica singular à estrutura de suas normas.<sup>48</sup> Ainda que todo direito subjetivo fundamental derive de uma norma de direito fundamental, há que se saber que existem normas que não atribuem uma posição jurídica fundamental a qualquer indivíduo.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 162.

<sup>45</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 398.

<sup>46</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p. 162.

<sup>47</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 97.

<sup>48</sup> NOVELINO. op. cit. p. 406.

<sup>49</sup> Ibidem.

Assim, a norma de direito fundamental abrange não somente uma dimensão subjetiva, como, também, uma dimensão objetiva.<sup>50</sup>

Os direitos fundamentais, considerando a sua dimensão subjetiva, são entendidos sob a compreensão dos indivíduos.<sup>51</sup> Para Gonet Branco, tal dimensão se relaciona à um atributo desse direito fundamental de ensejar uma pretensão a que se adote um determinado comportamento.<sup>52</sup>

Já a dimensão objetiva tem como pressuposto lógico uma visão mais ampla, visto que as normas de direitos fundamentais não são tão somente afetas aos indivíduos, enquanto titulares de direitos perante o Estado.<sup>53</sup>

Segundo a doutrina de Gilmar Mendes, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais justificaria a lógica de que “o Estado se obriga também a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros”.<sup>54</sup>

Nesse mesmo sentido, a lição de Gonet Branco:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 189.

<sup>51</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 406.

<sup>52</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p. 189.

<sup>53</sup> NOVELINO. op. cit. p. 407.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Voto do ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

<sup>55</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p. 189.

## 2.6 Aplicabilidade dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal brasileira adota expressamente o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais<sup>56</sup>, no §1º do art. 5º.<sup>57</sup>

Gonet Branco destaca que a aplicação imediata dos direitos fundamentais é norma principiológica que tem como escopo a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.<sup>58</sup> Vejamos:

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.<sup>59</sup>

## 2.7 Titularidade.

Não obstante o uso, pela doutrina pátria, do termo destinatário como sinônimo de titular, nos valem da lição de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a terminologia mais acertada é a de titular de direitos fundamentais, tendo em vista que titular é o polo que surge como “sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva”, enquanto que destinatário é a “pessoa em face da qual o titular pode exigir a proteção do seu direito”.<sup>60</sup>

Os direitos fundamentais nasceram, conforme já visto, tendo como titulares os indivíduos de modo geral – vale reforçar que tais direitos surgiram como limitações impostas ao Estado em favor do homem. Assim, claro está que todos os indivíduos titularizam direitos fundamentais.<sup>61</sup>

<sup>56</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 174.

<sup>57</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>58</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p 176.

<sup>59</sup> Ibidem. p. 174.

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 209.

<sup>61</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p. 195.

Conforme abordado mais acima, quando da caracterização dos direitos fundamentais como *universais*, todos os indivíduos são destinatários de direitos fundamentais e que o simples fato de ser humano é requisito bastante para titularizar tais direitos.

Segundo entendimento majoritário da doutrina, uma interpretação sistemática do direito constitucional brasileiro deixa cristalina a recepção do princípio da universalidade.<sup>62</sup> Contudo, alguns direitos específicos não se ligam a toda e qualquer pessoa.

Segundo Ingo Sarlet:

De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferença a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, ale, de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a distinção entre brasileiro nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras.<sup>63</sup>

Em outras palavras: a universalidade dos direitos fundamentais não é incompatível com o fato de que nem mesmo os brasileiros natos são titulares de todos os direitos indistintamente, já que existem direitos consagrados que são atribuídos apenas a determinado grupo social.<sup>64</sup>

Quanto ao indivíduo, está claro que, a partir de interpretação sistemática do contido no caput do art. 5º da Constituição Federal, brasileiros – natos e naturalizados –, e estrangeiros – residentes e não residentes no País – são passíveis de titularidade de direitos fundamentais. Isso é pacífico na doutrina.<sup>65</sup>

A partir da evolução do estudo da teoria dos direitos fundamentais, os doutrinadores constitucionais passaram a reconhecer as pessoas jurídicas como passíveis da titularidade de direitos fundamentais. São exemplos o princípio da

---

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 210.

<sup>63</sup> Ibidem. p. 211.

<sup>64</sup> Ibidem. p. 212.

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 196-197.

isonomia, da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência, dentre outros.<sup>66</sup>

Ainda quanto à titularização de direitos fundamentais por pessoas jurídicas, merece destaque a ressalva de Ingo Sarlet, no sentido de que tal titularidade tem como escopo o resguardo do indivíduo:

A extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas tem por finalidade maior a de proteger os direitos das pessoas físicas, além do que em muitos casos é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança uma melhor proteção dos indivíduos.<sup>67</sup>

Questão ainda controversa na doutrina diz respeito à possibilidade de pessoas jurídicas de direito público serem titulares de direitos fundamentais, uma vez que, conforme já dito, tais direitos surgiram justamente da necessidade do indivíduo em garantir liberdade em face do Poder Público Estatal.<sup>68</sup>

Contudo, tem-se admitindo que as pessoas jurídicas de direito público tenham sim direitos fundamentais, prevalecendo o entendimento de que, existindo compatibilidade entre o direito fundamental e a natureza da pessoa jurídica, é reconhecida a proteção constitucional.<sup>69</sup>

Nesse sentido, seriam exemplos de direitos fundamentais assegurados às pessoas jurídicas de direito público alguns direitos de cunho processual (como o direito à igualdade de armas, direito à ampla defesa, o direito de ser ouvido em Juízo), como também, no caso de Autarquias, o direito de propriedade.<sup>70</sup>

## **2.8 Relações privadas / sujeitos passivos dos direitos fundamentais.**

Historicamente, os direitos fundamentais regulam, primordialmente, relações entre o indivíduo e o Estado. Aliás, vale salientar, tais relações se configuram

---

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 192.

<sup>67</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 224.

<sup>68</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 195.

<sup>69</sup> SARLET. op. cit. p. 225.

<sup>70</sup> Ibidem.



no cerne dos direitos fundamentais.<sup>71</sup> Assim, em regra, representam direitos assegurados ao particular frente ao Estado. Regulam, deste modo, as chamadas *relações verticais* (ou, conforme Gonet Branco, eficácia vertical).<sup>72</sup> O Estado, mais acima, com sua força superior; o cidadão, mais abaixo; daí a verticalização.

Para Marcelo Novelino:

Na doutrina liberal clássica os direitos fundamentais são compreendidos como limitações ao exercício do poder estatal, restringindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado (direitos de defesa). Por esta relação jurídica ser hierarquizada, de subordinação, utiliza-se a expressão eficácia vertical dos direitos fundamentais.<sup>73</sup>

Ponto que vem sendo objeto de estudos e discussões pela doutrina se relaciona à incidência, ou não, dos direitos fundamentais nos negócios jurídicos firmados entre indivíduos, uma vez que, via de regra, prepondera o princípio da autonomia da vontade. Trata-se da chamada *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais – indivíduos no mesmo plano, em relação de horizontalidade.<sup>74</sup>

É pacífica na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a *eficácia horizontal* se coaduna ao ordenamento constitucional pátrio. Assim, não apenas o Estado tem a obrigação constitucional de respeitar os direitos fundamentais frente aos indivíduos, mas também os particulares, nas relações entre si, o devem obediência. Logo, os direitos fundamentais obrigam não só o Estado em sua atuação, mas também os particulares.<sup>75</sup>

Na lição de Gilmar Mendes:

Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 199.

<sup>72</sup> Ibidem. p. 200.

<sup>73</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 403.

<sup>74</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 200.

<sup>75</sup> Ibidem.

<sup>76</sup> Ibidem.

É evidente que o problema se evidencia mais complexo no âmbito das relações entre particulares, quando os sujeitos da relação jurídica estejam em igualdade de condições. Nesses casos, será necessária uma ponderação entre os valores envolvidos, a fim de atingir uma harmonização entre os direitos no caso concreto. “Há de se buscar não sacrificar completamente um direito fundamental nem o cerne da autonomia da vontade”.<sup>77</sup>

## 2.9 Natureza relativa.

Acima, quando passamos pelas características dos direitos fundamentais, foi abordada a relatividade como um de seus traços. Assim, os direitos fundamentais sofrem limitação em seu âmbito de proteção, não sendo absolutos.

A ideia de que os direitos fundamentais seriam direitos de caráter absoluto, por, supostamente, se situarem em patamar jurídico hierarquicamente superior e assim não tolerarem restrições, já foi vencida pela doutrina.<sup>78</sup> Segundo a lição de Gonet Branco, tal entendimento estaria respaldado pelo pressuposto *jusnaturalista* de que é razão de ser do Estado proteger direitos naturais e que, dessa forma, os direitos individuais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo.<sup>79</sup>

Ora, a partir da análise do texto da Carta Política de 1988, percebe-se claramente que os direitos fundamentais se permeiam de certa relatividade, uma vez que expressamente são objetos de limitação. Veja que até o mesmo o direito à vida tem limitação constitucional, uma vez contemplada a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada.<sup>80</sup>

Vale ainda a preciosa lição de Alexandre de Moraes, que salienta que os direitos fundamentais não podem ser usados como “*escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil

---

<sup>77</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 200.

<sup>78</sup> Ibidem. p. 162.

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

ou penal de atos juridicamente reprováveis, sob pena da consagração do desrespeito ao Estado de Direito como o brasileiro”.<sup>81</sup>

Nesse sentido, a liberdade de expressão do pensamento não será oponível ante a prática do crime de difamação, por exemplo. Neste caso, a própria Constituição Federal já assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.<sup>82</sup>

Em consonância ao texto constitucional e com o entendimento majoritário da doutrina, está, no âmbito internacional, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas:

Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.<sup>83</sup>

## **2.10 Limites (ou restrições) a direitos fundamentais.**

Conforme já estudado em tópico próprio, qual seja, da natureza relativa dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira não possui direitos que se revistam de natureza absoluta, tendo em vista que em determinados casos seria legítimo medidas restritivas a tais direitos, na proteção e consecução de outros valores constitucionalmente protegidos.<sup>84</sup>

Antes de aprofundarmos o estudo das restrições a direitos fundamentais, é necessário trazer o conceito de restrição. Para Novellino, “restrição é norma

<sup>81</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 32.

<sup>82</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>83</sup> Organização das Nações Unidas. Declaração dos Direitos Humanos. Disponível em < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>84</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 396.

compatível com a Constituição e que restringe a realização de princípios *jusfundamentais*”.<sup>85</sup>

Assim sendo, a doutrina vem destacando que os direitos fundamentais estão expostos a restrições autorizadas pela própria Constituição, expressamente ou tacitamente, já que não se encontra em sua essência ser ferramenta para acobertar abusos de quem quer que seja. Dessa forma, regras infraconstitucionais – como leis – podem trazer em seu texto restrições a direitos fundamentais.<sup>86</sup>

Sobre o tema, cabe adentrarmos no estudo das teorias doutrinárias que o circundam, e, conseqüentemente, analisarmos, mesmo que sumariamente, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, suas limitações e, por fim, os ditos limites aos limites.

#### 2.10.1 Teorias.

O primeiro ponto a ser abordado quando se fala em restrições a direitos fundamentais é a análise da contraposição entre duas teorias sobre o tema: *teoria interna* e a *teoria externa*. Pois, segundo Sarlet, a opção por uma destas teorias acaba por “repercutir no próprio modo de compreender a maior ou menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, com reflexos diretos na esfera das suas limitações”.<sup>87</sup>

Acerca da teoria interna, o direito e os “limites imanentes” a ele formam uma só coisa – existe apenas um objeto – ou seja, o próprio direito fundamental pressupõe um direito, bem como fixa um limite por meio de um processo interno, sem influência de outras normas.<sup>88</sup>

Para essa teoria, o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele, uma vez que formalmente delimitado no cerne do próprio direito. Assim,

<sup>85</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 432.

<sup>86</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 227-228.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 397.

<sup>88</sup> Ibidem.

como consequência, afasta a ideia de que possa haver conflito entre os direitos fundamentais e, por conseguinte, uma ponderação de princípios e ou bens.<sup>89</sup>

Ainda segundo a teoria interna, não estando a restrição aos direitos fundamentais expressamente previstos constitucionalmente, esses direitos não podem ser alvo de limitações, guardando o conteúdo normativo expresso na Constituição. Frise-se que, nesses casos, não podem ser objeto de limitações legislativas.<sup>90</sup>

Sobre a teoria interna, Gilmar Mendes entende que tal teoria prevalece dentre aqueles que consideram que os direitos individuais consagram posições definitivas. Segundo o autor:

Não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a ideia de direito individual com determinado conteúdo. A ideia de *restrição* (*Schranke*) é substituída pela de *limite* (*Grenze*).<sup>91</sup>

Por outro lado, na teoria externa, as restrições ao direito fundamental ocorrem, apenas, diante de um caso concreto, não se atingindo o conteúdo abstratamente considerado. Essa teoria traça o direito em si e, em apartado, suas restrições (situadas fora do direito); diversamente da teoria interna, que prevê a existência de apenas um objeto: o direito e seus limites (inerente ao próprio direito).<sup>92</sup>

Ainda segundo a teoria externa, existe uma distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo, assim como a adotada na teoria dos princípios de Robert Alexy, que entende, inicialmente, que os princípios consagram um direito *prima facie*, podendo ser limitados por normas em sentido contrário.<sup>93</sup> Dessa forma, o direito definitivo somente será determinado a partir de um caso concreto, com a devida

<sup>89</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 427.

<sup>90</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. P 427.

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 225.

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 398.

<sup>93</sup> NOVELINO. op. cit. p. 429.

ponderação e aplicação da regra da proporcionalidade em relação aos princípios em conflito.<sup>94</sup>

Sobre a teoria externa, vale trazer a visão de Gilmar Mendes:

Se direito individual e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se num direito limitado. Essa teoria, chamada de teoria externa, admite que entre a ideia de direito individual e a ideia de restrição inexistente uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos.<sup>95</sup>

Conforme leciona Gilmar Mendes, a resposta sobre a prevalência entre a teoria interna ou a teoria externa depende do entendimento sobre os direitos fundamentais. Vejamos:

Se se considerar que os direitos individuais consagram posições definitivas (*Regel: Regel*), então é inevitável a aplicação da teoria interna. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições *prima facie* (*prima facie Positionen: princípios*), então há de se considerar correta a teoria externa.<sup>96</sup>

Para fins de continuação do estudo das restrições, seguimos a lição da doutrina constitucional majoritária, para quem os direitos fundamentais devem ser encarados, primordialmente, como princípios<sup>97</sup> (definidores somente de posições *prima facie*).

Assim, em virtude de ser pautada pela referida distinção entre posições jurídicas *prima facie* e definitivas, entendemos que a teoria externa é a melhor opção metodológica a “propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais”<sup>98</sup>, objeto maior da presente monografia.

A seguir, vale tratar das duas etapas que determinam o conteúdo definitivamente protegido por um direito fundamental. A primeira identifica, da forma

<sup>94</sup> Ibidem. p. 430.

<sup>95</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 225.

<sup>96</sup> Ibidem. p. 226.

<sup>97</sup> Ibidem.

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 398.

mais ampla possível, o conteúdo inicialmente protegido (*âmbito de proteção*).<sup>99</sup> A segunda define os limites externos (restrições), que decorrem da necessidade de conciliar o direito com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos.<sup>100</sup>

### 2.10.2 Âmbito de proteção e suporte fático dos direitos fundamentais.

Segundo Sarlet, todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções (limitações) neste âmbito de proteção.<sup>101</sup>

Gilmar Mendes enfatiza que a definição do âmbito de proteção é vital para a análise de qualquer direito fundamental, uma vez que a fruição de direitos individuais pode causar inúmeros choques com outros direitos constitucionalmente consagrados.<sup>102</sup> Ademais, a definição do âmbito de proteção depende de uma interpretação sistemática e ampla de todo o texto constitucional.<sup>103</sup>

O âmbito de proteção de um direito fundamental nada mais é do que o bem jurídico protegido, o objeto tutelado em sua essência, seu conteúdo essencial.<sup>104</sup>

Na lição de Gilmar Mendes:

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (v.g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais.<sup>105</sup>

<sup>99</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 429.

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 395.

<sup>102</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 219.

<sup>103</sup> Ibidem. p. 221.

<sup>104</sup> SARLET. op. cit. p. 396.

<sup>105</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p. 219.

O âmbito de proteção é um dos elementos do *suporte fático* dos direitos fundamentais, ao lado da intervenção. Enquanto a intervenção define aquilo contra o que se protege, o âmbito de proteção determina o que se protege.<sup>106</sup>

Válida a lição de Virgílio Afonso da Silva:

Aquilo que é protegido é apenas uma parte - com certeza a mais importante - do suporte fático. Essa parte costuma ser chamada de âmbito de proteção do direito fundamental. Mas, para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento - e aqui entra a parte contra-intuitiva: a intervenção estatal. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção), como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Isso porque a consequência jurídica - em geral a exigência de cessação de uma intervenção - somente pode ocorrer se houver uma intervenção nesse âmbito.<sup>107</sup>

Quanto ao suporte fático dos direitos fundamentais, vale, de pronto, conceituá-lo. Valemo-nos da síntese de Novelino: “é o conjunto de condições previstas por uma norma que, quando verificadas, geram uma determinada consequência jurídica”.<sup>108</sup>

A doutrina agrupa o suporte fático, basicamente, em duas teorias, a saber, a teoria restrita e a teoria ampla, tendo em mira a perspectiva de amplitude que se propõe.<sup>109</sup>

A doutrina que milita por um suporte fático restrito tem como característica central “a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas”.<sup>110</sup> Em outras palavras: trata-se da exclusão *a priori* de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.<sup>111</sup>

Virgílio Afonso da Silva destaca similitudes presentes nas concepções que adotam um suporte fático restrito: a procura pelo fundamento de determinado direito

<sup>106</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 413.

<sup>107</sup> SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* n. 4. p. 23-51, 2006. p. 30.

<sup>108</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 412.

<sup>109</sup> SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* n. 4. p. 23-51, 2006. p. 29.

<sup>110</sup> Ibidem. p.30.

<sup>111</sup> NOVELINO. op. cit. p. 416.



e a rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais, ou seja, não há restrição a direito fundamental, e, tampouco, não se deve falar em sopesamento entre princípios.<sup>112</sup>

Por seu turno, segundo os teóricos que vislumbram um suporte fático amplo, o que cabe no âmbito de proteção do direito fundamental é tudo que abstratamente pode ser considerado protegido. Trata-se, pois, de concepção alargada dos direitos fundamentais. Não se exclui, a priori, qualquer conduta do âmbito de proteção do direito (proteção *prima facie*).<sup>113</sup>

Seguindo a lógica da teoria ampla, é necessário, além da definição do que é protegido no âmbito de proteção de um direito fundamental, o sopesamento no caso concreto em busca da proteção que se aplicará. Ou seja: uma de suas principais características é exatamente a diferenciação entre o que que é guardado *prima facie* e aquilo que será protegido em definitivo.<sup>114</sup>

Assim, claro está que, ao contrário das teorias restritas, nas teorias amplas admite-se a colisão de direitos fundamentais e, conseqüentemente, o sopesamento dos direitos fundamentais em conflito em busca da proteção.

### 2.10.3 Limites (ou restrições).

Conforme já aventado, restrição é princípio ou regra compatível com a Constituição e que restrinja a realização de princípios *jusfundamentais*.<sup>115</sup> Ou, em outras palavras, é norma que limita o exercício de determinado direito fundamental.

Segundo Gilmar Mendes, os direitos individuais somente podem ser limitados “por expressa disposição constitucional ou mediante lei promulgada com fundamento imediato na própria Constituição, ante sua hierarquia constitucional”.<sup>116</sup>

<sup>112</sup> SILVA, Virgílio Afonso. op. cit. p.31.

<sup>113</sup> NOVELINO. op. cit. p. 421.

<sup>114</sup> SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* n. 4. p. 23-51, 2006. p. 35.

<sup>115</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 432.

<sup>116</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 227.

Válida a conceituação de Sarlet quanto aos limites aos direitos fundamentais, que seriam:

Ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou elimine o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais.<sup>117</sup>

A moderna doutrina constitucional traz alguns tipos de restrições. Notadamente, tem-se adotado classificação que abrangeria a) restrições diretamente constitucionais; b) restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei); e c) *direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal*.<sup>118</sup> Vejamos a classificação pormenorizadamente.

As *restrições diretamente constitucionais*, como o próprio nome já diz, são restrições impostas por normas constitucionalmente contempladas. Seriam cláusulas restritivas escritas.<sup>119</sup>

Tais cláusulas restritivas escritas podem estar contidas no cerne do próprio direito fundamental. Exemplificando, a liberdade de manifestação do pensamento (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato)<sup>120</sup>, uma vez que no seio deste direito fundamental já está presente a regra que o restringe – a vedação ao anonimato.

As cláusulas restritivas escritas podem, também, estar presentes em outros dispositivos constitucionais. Exemplo clássico é o direito à vida, direito fundamental presente no caput do art. 5º da Constituição Federal. No entanto, no mesmo art. 5º, está previsto regra que autoriza excepcionalmente a pena de morte em caso de guerra

<sup>117</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 400.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 401.

<sup>119</sup> Ibidem. p. 401.

<sup>120</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

declarada.<sup>121</sup> Veja que tal autorização limitaria a inviolabilidade do direito à vida, contida na mesma Constituição.

Já as *restrições indiretamente constitucionais* são aquelas que a Constituição autoriza expressamente limitação futura – cláusulas de reserva legal. Tal restrição se subdivide, conforme consagrado na doutrina, em reserva legal simples e reserva legal qualificada.<sup>122</sup>

Na reserva legal simples, o dispositivo constitucional permite o estabelecimento de restrições ao direito ali previsto, frise-se que sem qualquer exigência quanto a finalidade ou conteúdo da futura lei restritiva.<sup>123</sup> São usualmente caracterizadas no texto constitucional com as expressões “nos termos da lei”, “na forma de lei”, “assim definida em lei”, dentre outras.

Já a reserva legal qualificada ocorre quando a Constituição além de permitir o estabelecimento de restrições ao direito ali previsto, fixa condições próprias, limitando o conteúdo da restrição.<sup>124</sup> Ilustrando, a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.<sup>125</sup>

Por fim, cabe trazer ao estudo os *direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal*, quando a Constituição não traz explicitamente a possibilidade de intervenção legislativa. Destaca Gilmar Mendes, quanto a esses direitos, o “perigo de conflitos em razão de abusos perpetrados”, afirmando ainda que a “configuração de uma colisão pode legitimar o estabelecimento de restrição a um direito não submetido a reserva legal expressa”.<sup>126</sup>

Nesse mesmo sentido, também Ingo Sarlet:

De outra parte, como já anunciado, afiguram-se possíveis limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que legitima o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas

<sup>121</sup> Ibidem.

<sup>122</sup> SARLET. op. cit. p. 401.

<sup>123</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 232.

<sup>124</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 234.

<sup>125</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>126</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p. 238-239.

pela Constituição. Em outras palavras, direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais.<sup>127</sup>

Sarlet aponta como exemplo clássico (de quando a configuração de uma colisão legitimaria o estabelecimento de restrição a um direito não submetido a reserva legal expressa) a liberdade de expressão, que, a despeito de não sujeita à reserva legal, pode entrar em rota de colisão com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, igualmente não sujeita à reserva de lei.<sup>128</sup>

#### 2.10.4 Limites dos limites (ou restrições das restrições).

A doutrina traz a *teoria dos limites dos limites*, a fim de demonstrar que os direitos e garantias constitucionais não sofrem restrições de forma ilimitada.<sup>129</sup> Assim, quando o legislador impõe limites a um direito, deve estar modelado por algumas restrições, como não estabelecer limitações desproporcionais aos direitos fundamentais.<sup>130</sup>

Se assim não fosse, a restrição ilimitada traria grandes consequências ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, visto que poderia suprir o núcleo da garantia originariamente declarada e pretendida pela Constituição.<sup>131</sup>

Na brilhante síntese de Luís Roberto Barroso:

Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao intérprete judicial.<sup>132</sup>

<sup>127</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 403.

<sup>128</sup> Ibidem. p. 403.

<sup>129</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 239.

<sup>130</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 404.

<sup>131</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 240.

<sup>132</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p.333.

Novelino justifica que os limites dos limites ou as restrições das restrições tem o escopo de estabelecer premissas formais e materiais na ação do legislador infraconstitucional quando da criação de limitações legais aos direitos fundamentais.<sup>133</sup>

Na doutrina constitucional pátria, os requisitos formais e materiais que seriam pressupostos para restrição dos direitos fundamentais não é matéria pacificada. No entanto, dois requisitos formais são sempre lembrados pela melhor doutrina e não poderiam deixar de ser citados: o *princípio da proporcionalidade* e o *princípio da proteção ao núcleo essencial*.

O *princípio da proteção ao núcleo essencial* vem para garantir a não violação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mesmo nas situações em que a própria Constituição Federal autoriza o legislador ordinário em criar normas limitadoras a esses direitos.<sup>134</sup>

Vale a doutrina de Ingo Sarlet:

A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares.<sup>135</sup>

Gilmar Mendes cita a Lei Fundamental de Bonn (Alemanha, 1949) como um dos ordenamentos que consagraram a proteção do núcleo essencial. Em seu art. 19, II, estabelece que “em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”. O autor explica que essa proteção vem como uma tentativa de controlar o enorme poder do legislador ordinário acerca dos direitos fundamentais.<sup>136</sup>

Quanto ao citado princípio da proteção do núcleo essencial, existem diferentes posições dogmáticas. Dessas, cabe destacar duas teorias, quais sejam, absoluta e relativa.

<sup>133</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 436.

<sup>134</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 241.

<sup>135</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 411.

<sup>136</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p. 240.

A primeira teoria entende que o núcleo essencial possui autonomia (“unidade substancial autônoma”) e, independentemente de qualquer circunstância, prevalece em relação a eventual decisão legislativa.<sup>137</sup>

Por outro lado, a teoria relativa entende que o caso concreto é que define o núcleo essencial, considerando o objetivo em si da norma de caráter restritivo. Para a definição do núcleo essencial seria realizado um processo de ponderação entre os meios e fins, baseando-se no princípio da proporcionalidade.<sup>138</sup>

Notadamente, as duas teorias, segundo respeitável entendimento de boa doutrina constitucional, apresentam fragilidades, apesar do nobre escopo de assegurar maior proteção aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. Nesse sentido, Gilmar Mendes<sup>139</sup> e Ingo Sarlet.<sup>140</sup>

Especificamente quanto à proteção ao núcleo essencial na Constituição Federal brasileira, claro está que não há qualquer menção expressa ao termo. No entanto, na doutrina constitucional pátria entende-se que a expressa vedação de qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais (ditas cláusulas pétreas)<sup>141</sup> seria, materialmente, uma proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Gilmar Mendes, “embora o texto constitucional brasileiro não tenha consagrado expressamente a ideia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte”.<sup>142</sup>

De outra parte, o princípio da proporcionalidade determina que a restrição imposta a um direito fundamental seja razoável, necessária e adequada. Assim, o

---

<sup>137</sup> Ibidem. p. 241.

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 242.

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 411-412.

<sup>141</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>142</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p. 244.

princípio da reserva legal vem aos poucos sendo alterado pelo princípio da reserva legal proporcional.<sup>143</sup>

Gilmar Mendes leciona que o princípio da proporcionalidade está relacionado a dois subprincípios, quais sejam, adequação e necessidade.<sup>144</sup> Esse significa que o meio utilizado é o menos gravoso e o mais eficaz para a consecução dos objetivos pretendidos<sup>145</sup>, enquanto aquele exige que as medidas adotadas sejam eficientes.<sup>146</sup>

Ingor Sarlet acentua outro subprincípio constitutivo da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, ou razoabilidade, que nada mais é do que o equilíbrio entre os meios utilizados e os fins objetivados (razoabilidade).<sup>147</sup>

Mais à frente, quando do estudo da colisão de direitos fundamentais, analisaremos o princípio da proporcionalidade mais detidamente.

## **2.11 Conflito (ou colisão) de direitos fundamentais.**

Conforme a moderna doutrina constitucional, a heterogeneidade e a multiplicidade das sociedades contemporâneas ampliaram os direitos fundamentais previstos na Constituição, o que faz aumentar a possibilidade de colisão entre tais normas. Direitos harmoniosos no campo abstrato podem gerar oposições no seu exercício concreto.<sup>148</sup>

O constitucionalista e ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Luís Roberto Barroso, aborda de forma assaz a colisão de normas constitucionais, em que vislumbra o fenômeno como sendo algo natural no atual cenário contemporâneo, em que direitos e garantias se põe, usualmente, em conflito:

---

<sup>143</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 438.

<sup>144</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p. 246.

<sup>145</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 257

<sup>146</sup> Ibidem.

<sup>147</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 407.

<sup>148</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 329.

A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. [...] No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nesses casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto, a partir das balizas contidas nos elementos normativos em jogo.<sup>149</sup>

Deve-se ter em mente, de início, que não existe hierarquia entre direitos fundamentais (por estarem no mesmo plano jurídico-constitucional). Assim, é evidente que não há possibilidade de se adotar regra abstrata que dê prevalência concreta a determinado direito fundamental em detrimento de outro direito fundamental.<sup>150</sup>

Logo, considerando a atual realidade de nossa Constituição, tendo em vista o princípio da unidade da Constituição e, ainda, considerando que direitos fundamentais são, em essência, princípios que devem ser vistos com âmbito de proteção alargado, resta-nos evidente que diuturnamente nos deparamos com a colisão de direitos fundamentais.

Vale, pois, conceituarmos o que seria a colisão de direitos constitucionais. A colisão de direitos ocorre quando dois ou mais direitos abstratos e expressos na Constituição entram em choque quando do seu exercício por diferentes titulares.<sup>151</sup>

Dentre as colisões de normas constitucionais, destacamos a colisão entre direitos fundamentais (para alguns doutrinadores, denominada de colisão autêntica)<sup>152</sup>. Esta colisão pode ser entre direitos fundamentais diferentes (em que a colisão entre a liberdade de expressão *versus* o direito à honra e imagem é um dos exemplos mais clássicos) ou entre os aspectos negativo e positivo de um mesmo direito (como a liberdade religiosa).

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 311.

<sup>150</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, p. 105-143 – v. 5 n. 18 abr./jun. 2004. p. 109.

<sup>151</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 266.

<sup>152</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 439.



### 2.11.1 Princípio da proporcionalidade.

Quando o intérprete se depara diante de uma colisão de direitos fundamentais, deve se utilizar de ferramentas que possam lhe auxiliar na busca do sopesamento adequado entre os direitos colidentes, levando-se em conta, logicamente, o âmbito de proteção pretendido pelo constituinte originário, de modo a dar aplicabilidade prática em conformidade à Constituição vigente.<sup>153</sup>

Nesse sentido, merece destaque o *princípio da proporcionalidade*, uma vez que a restrição de um direito alçado à condição de direito fundamental merece diligência, devendo, pois, ser proporcional. Vejamos, assim, no que se baseia tal princípio.

Segundo Sarlet, o princípio da proporcionalidade teria uma dupla função, como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente:

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados.<sup>154</sup>

De acordo com a máxima da proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy<sup>155</sup>, a aplicação do *princípio da proporcionalidade* se dividiria em três fases subsequentes, interdependentes, verdadeiros pressupostos uma da outra. São elas: a adequação; a necessidade (ou proibição de excesso); e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação *in casu*).<sup>156</sup>

Vale a lição de Robert Alexy:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento

<sup>153</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335.

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 405.

<sup>155</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 116-120.

<sup>156</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 271.

propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza [...] A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.<sup>157</sup>

Peguemos como ilustração determinada restrição à direito fundamental. Essa restrição feita pelo intérprete apenas se justificaria se se mostrar plenamente *adequada* à proteção de outro direito fundamental<sup>158</sup>. Válida a passagem de Gilmar Mendes, para quem “o subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas à atingir os objetivos pretendidos”.<sup>159</sup>

Mas não basta apenas a restrição ser adequada. Precisa, também, ser verdadeiramente necessária. A necessidade tem como cerne ser, a restrição, a menos gravosa ao direito fundamental.<sup>160</sup> Se assim não for – havendo outra restrição menos gravosa ao âmbito de proteção do direito restringido – será, a restrição, desnecessária diante da menos gravosa ao direito fundamental em análise (daí porque a doutrina germânica a intitular de *proibição de excesso*).<sup>161</sup>

Socorremo-nos da precisa síntese de Gilmar Mendes:

O meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não tem o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.<sup>162</sup>

Por fim, em um terceiro momento, o intérprete deve se ater à *proporcionalidade em sentido estrito*, que nada mais é do que a técnica da ponderação. Ponderar é pôr em consideração as circunstâncias de fato e de direito

<sup>157</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 116-117.

<sup>158</sup> Ibidem. p.118.

<sup>159</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 257.

<sup>160</sup> ALEXY. op. cit. p. 119-120.

<sup>161</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit. p. 272.

<sup>162</sup> Ibidem.

do caso concreto.<sup>163</sup> Ponderar é analisar com razoabilidade os fatos – é não considerar as circunstâncias da norma, e sim aquilo que a norma não considera (aquilo que não foi selecionado pelo legislador), as circunstâncias fáticas.

Vejamos a lição de Robert Alexy quanto à proporcionalidade em sentido estrito:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.<sup>164</sup>

Valiosa, também, a conceituação da técnica da ponderação, segundo Luís Roberto Barroso:

Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.<sup>165</sup>

Barroso descreve a técnica da ponderação em um processo de três etapas.<sup>166</sup> Segundo o autor, na primeira fase, o intérprete deve encontrar no arcabouço normativo as normas pertinentes para a elucidação da lide, apontando possíveis choques entre elas”.<sup>167</sup> Já na segunda fase, caberia ao intérprete o exame dos fatos, o caso concreto, enfim, as circunstâncias fáticas e normativas atinentes.<sup>168</sup>

<sup>163</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, p. 105-143 – v. 5 n. 18 abr./jun. 2004. p. 114.

<sup>164</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 117-118.

<sup>165</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335.

<sup>166</sup> Ibidem.

<sup>167</sup> Ibidem.

<sup>168</sup> Ibidem. p. 336

É, contudo, ainda segundo Barroso, a terceira fase a mais importante em todo o processo de ponderação. Isto porque é nessa fase que se decide a (s) norma (s) que deve(m) preponderar no caso concreto.<sup>169</sup> Veja que a ponderação nada mais é, quando se fala na ponderação de direitos fundamentais, como imposição de limites a tais direitos.

Vejamos a síntese de Barroso quanto à terceira fase da ponderação:

Os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.<sup>170</sup>

Como visto, a ponderação auxilia-se do princípio da razoabilidade para promover a compatibilidade constitucional entre os direitos em conflito. Cabe ao intérprete fazer o sopesamento entre os direitos em choque, tentando, ao máximo, preservar o núcleo de cada um deles. No entanto, nem sempre será executável essa compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará optar qual princípio deverá prevalecer no caso concreto.<sup>171</sup>

Assim, ainda segundo Barroso, quando da ponderação, comumente não será possível dar respostas corretas para os conflitos existentes (veja que não há fórmula precisa), mas sim “soluções argumentativamente racionais e plausíveis”. Logo, a legitimidade da solução viria da “capacidade de convencimento”, da demonstração lógica de que ela é a mais apropriada face a interpretação sistemática das regras e princípios constitucionais.<sup>172</sup>

Valemo-nos da lição de Robert Alexy, citada por Gilmar Mendes:

Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano,

<sup>169</sup> Ibidem.

<sup>170</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 336.

<sup>171</sup> Ibidem. p. 339.

<sup>172</sup> Ibidem. p. 347.

então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma 'lei de ponderação' segundo a qual, 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativo ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção'.<sup>173</sup>

Em conclusão, visando a solução de determinada colisão entre direitos fundamentais, cabe ao intérprete buscar a compatibilidade entre os direitos conflitantes, considerando as circunstâncias fáticas e de direito do caso concreto, sopesando os bens, valores e interesses, a fim de decidir qual dos direitos deverá prevalecer naquele determinado caso.

---

<sup>173</sup> ALEXY apud Mendes. "Kollision und Abwägung". p. 271.

### **3 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE RELACIONADOS AO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS.**

As normas em colisão são, de um lado, os arts. 5º, IV, IX, XIV, e 220 da Constituição Federal, que tutelam a liberdade de expressão e de informação; e, de outro, o art. 5º, X, que resguarda a inviolabilidade da privacidade, da honra e da imagem das pessoas.

Passemos, então, ao estudo de tais direitos fundamentais em espécie. Cabe informar que o escopo dos próximos tópicos é apresentar os principais pontos de tais direitos, fazendo a colheita das informações na melhor doutrina constitucional e civil pátria. Contudo, ressalta-se que o estudo passará ao largo do aprofundamento teórico que cada um dos direitos merece, posto que não é o objetivo da presente monografia (veja que o estudo da liberdade de expressão, por exemplo, é objeto de inúmeras teses de doutorado!).

Vejamos então.

#### **3.1 A liberdade de expressão e informação.**

A nossa atual Constituição Federal regula a liberdade de expressão e informação nos arts. 5º, incisos IV, V, IX, XIV, e 220, *in verbis*:

Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.<sup>174</sup>

As liberdades de expressão e informação constituem verdadeiros pressupostos de existência das sociedades democráticas contemporâneas. O respeito a tais valores é, inclusive, considerado indicativo de um saudável regime democrático.<sup>175</sup>

Segundo Edilsom Pereira de Farias:

Do cotejo de documentos internacionais e textos constitucionais que a consagram, constata-se que a liberdade de expressão e informação é atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações.<sup>176</sup>

Como se vê, o constituinte brasileiro assegurou, dentre suas cláusulas pétreas, a liberdade de manifestação do pensamento. Segundo Gonet Branco, a “liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”.<sup>177</sup>

Destaca-se passagem de Gonet Branco:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não.<sup>178</sup>

<sup>174</sup> BRASIL. *Constituição Federal* (1988). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>175</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direito: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. p.128.

<sup>176</sup> Ibidem. p. 131.

<sup>177</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 296.

<sup>178</sup> Ibidem. p. 297

Alexandre de Moraes ensina que a proteção constitucional à liberdade de expressão abarca, além do direito de expressar-se – oralmente ou por escrito -, o direito de ouvir, assistir e ler.<sup>179</sup>

Para Canotilho, o direito à liberdade de expressão deve ser entendido com um âmbito normativo alargado. Segundo o autor, “inerente ao direito à liberdade de expressão encontra-se uma presunção de inconstitucionalidade de todas as formas de censura, particularmente de censura prévia, seja ela pública ou privada”.<sup>180</sup>

A Constituição Federal assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Segundo a jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal, a proibição do anonimato, inserida no inciso IV do art. 5º da CF, objetiva permitir que exageros ocasionais na manifestação do pensamento cometidos por determinado indivíduo sejam suscetíveis de responsabilização civil e criminal, sempre *a posteriori*.<sup>181</sup>

Claro está, nesta seara, que a vedação ao anonimato está intimamente ligada ao direito de resposta e a possível indenização, uma vez que, para que se possa responder ou responsabilizar, é necessário, por obvio, saber quem se manifestou.<sup>182</sup>

Sempre válida a lição de José Afonso da Silva:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição veda o anonimato. A

<sup>179</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 122.

<sup>180</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E.M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014. p.29.

<sup>181</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1.957/PR. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo393.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>182</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 512-513.



manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta.<sup>183</sup>

Ademais, nossa Constituição assegura, expressamente, que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Na lição de Alexandre de Moraes, “a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento não pode sofrer nenhum tipo de limitação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística”.<sup>184</sup>

Nesse mesmo sentido, Gonet Branco:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não [...]<sup>185</sup>

Merece nota que é assegurado pela Constituição a todos os indivíduos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Segundo a doutrina pátria, o direito fundamental à informação abrange os direitos de informar, de se informar e de ser informado.<sup>186</sup>

Ainda, destaca-se a lição de Luís Roberto Barroso:

É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, mas a distinção parece útil por conta de um inegável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações. A informação não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível (o ponto será desenvolvido adiante) – pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando

<sup>183</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 245.

<sup>184</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 52.

<sup>185</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 264.

<sup>186</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 529.

a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério da sua veracidade.<sup>187</sup>

Ainda, a Constituição Federal traz, como temática específica, todo um capítulo sobre comunicação social.

O referido capítulo traz um conjunto de normas que protegem a imprensa, corroborando e aumentando a sua liberdade de manifestação e de informação, dispostas no art. 5º da Constituição Federal. Apesar de todo cidadão já ser titular do direito a transmitir uma informação e de ser informado, a Constituição, em razão da primordial função que os meios de comunicação exercem em uma democracia plural, deu à imprensa uma tutela especial ao exercício de tal princípio.<sup>188</sup>

Aqui, quanto à liberdade de informar e de ser informado, válido recorrer às precisas lições do douto constitucionalista José Afonso da Silva:

[...] em primeiro lugar, gera a repulsa a qualquer tipo de censura à imprensa, seja a censura prévia (intervenção oficial que impede a divulgação da matéria) ou a censura posterior (intervenção oficial que se exerce depois da impressão, mas antes da publicação, impeditiva da circulação de veículo impresso). Em segundo lugar, é a mesma função social que fundamenta o condicionamento da sua liberdade, que, agora, se limitará à vedação do anonimato, ao direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem e sujeição às penas da lei no caso de ofensa à honra de alguém, pois nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, nem se admite censura de natureza política, ideológica e artística.<sup>189</sup>

Assim, percebe-se, diante das vedações constantes no texto constitucional, que a liberdade de expressão possui ampla proteção, ocorrendo limitações apenas quando encontrem sustentação nos direitos e garantias individuais. Como todos os direitos consagrados na Constituição, essa liberdade não possui caráter absoluto, estando, assim, passível de apreciação judicial, a fim de que seja exercida em harmonia com os demais direitos constitucionais protegidos.<sup>190</sup>

<sup>187</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, p. 105-143 – v. 5 n. 18 abr./jun. 2004. p. 124.

<sup>188</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 1088.

<sup>189</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 247-248.

<sup>190</sup> NOVELINO. op. cit. p. 1089.

### 3.1.1 Limitações à liberdade de expressão e informação.

A liberdade de expressão encontra limites tanto diretamente pelo constituinte quanto a partir da colisão desse direito com outros de mesma hierarquia.<sup>191</sup> Vejamos alguns exemplos.

Em certos casos, o gozo do direito a manifestação do pensamento pode ensejar a violação aos direitos fundamentais de terceiros, como a honra e a imagem (CF, art. 5º, X). Por essa possibilidade, é necessária a identificação de quem emitiu o juízo para viabilizar eventual responsabilização de direito de resposta – vedação do anonimato.

No campo penal, as manifestações do pensamento que violem a honra de terceiros são tipificadas como crimes de calúnia, difamação e injúria (Código Penal, arts. 138 a 145). Nessa situação, ocorre a reserva legal implícita, visto que se encontra na Constituição a justificativa acerca da restrição à liberdade de manifestação do pensamento em detrimento ao direito à privacidade (CF, art. 5º, X).

Alguns autores defendem que a Constituição Federal de 1988 não observou, diretamente, na garantia de liberdade de expressão, a possibilidade de o legislador intervir com o objetivo de fixar parâmetros para o exercício da liberdade de informação.<sup>192</sup>

Já Gilmar Mendes discorda desse entendimento, visto que no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220-224 da CF/88) a liberdade de informação teve destaque.<sup>193</sup>

Cabe destacar o parágrafo 1º do art. 220, que dispõe que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

---

<sup>191</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 270.

<sup>192</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 208.

<sup>193</sup> Ibidem.

Portanto, para Gilmar Mendes, não passou despercebido ao constituinte que os dois direitos – liberdade de informação e direito à imagem, à honra e à vida privada – devem ser analisados e exercidos de forma compatível.<sup>194</sup>

### **3.2 Direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem.**

A Constituição Federal dispõe, de forma explícita, no seu inciso X, do art. 5º, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação desses direitos.

Delineado no âmbito constitucional, os direitos da personalidade são reflexo direto da dignidade da pessoa humana<sup>195</sup>, fundamento da República Federativa do Brasil. Logo, tais direitos passam a gozar de regime jurídico especial, solidificado no princípio geral do ‘maior valor dos direitos fundamentais’.<sup>196</sup> Diante disso, passam a ter as prerrogativas de ‘cláusulas pétreas’ (CF, art. 60, §4º, IV) - o que garante proteção ao seu núcleo essencial; aplicação imediata (CF, art. 5º, §1º); e restrição com amparo na Constituição Federal por meio de lei (reserva legal).<sup>197</sup>

Ademais, tais direitos são, ao mesmo tempo, direitos fundamentais – conforme já dito, constitucionalmente expressos na CF/88 (e, reflexo lógico, carregam todas as proteções inerentes) –, como, na mesma medida, são direitos da personalidade.<sup>198</sup>

Existem certos direitos individuais, inerentes à existência da pessoa humana<sup>199</sup>, que ao longo do desenvolvimento histórico da humanidade foram identificados pelo meio acadêmico-jurídico e pelo ordenamento jurídico, assim como

---

<sup>194</sup> Ibidem. p. 209.

<sup>195</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 500.

<sup>196</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Privado, São Paulo, p. 105-143 – v. 5 n. 18 abr./jun. 2004. p. 118.

<sup>197</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direito: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. p. 105.

<sup>198</sup> Ibidem. p. 106

<sup>199</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 48.

tutelados por reiteradas decisões judiciais (jurisprudência).<sup>200</sup> Em síntese, a doutrina civil estabelece como sendo direitos da personalidade aqueles direitos próprios da pessoa (física ou jurídica) em si ou em suas projeções para o mundo exterior.<sup>201</sup>

Quanto a esses direitos, leciona Luís Martius Holanda Bezerra Júnior:

Os direitos da personalidade, por sua vez, desde os tempos da *actio injuriarum* romana, vêm recebendo tratamento e proteção por parte do Estado, passando pelos ideais iluministas e liberais ventilados nos séculos XVIII e XIX, e, mais recentemente, após a Segunda Grande Guerra, materializando-se com nitidez na Constituição alemã de 1949, que, já no seu capítulo primeiro, estatuiu ser dever de todas as autoridades do Estado o respeito e a proteção à dignidade do homem.<sup>202</sup>

O Diploma Civil pátrio traz todo um capítulo sobre os direitos da personalidade, qual seja, dos artigos 11 ao 21. Trata-se, tal capítulo, de inovação legislativa trazida pelo novo Diploma civil pátrio.<sup>203</sup>

Lecionando sobre o mesmo tema, cabe a síntese do respeitado doutrinador Caio Mário da Silva Pereira:

O indivíduo é ainda sujeito de relações jurídicas que, despidas embora de expressão econômica intrínseca, representam para o seu titular um alto valor, por se prenderem a situações específicas do indivíduo e somente dele. Aí residem os direitos da personalidade, que atraem a atenção da ordem jurídica e encontra proteção no direito positivo.<sup>204</sup>

Vale ainda mencionar as características próprias dos direitos da personalidade. Segundo a doutrina majoritária, tais direitos são intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*.<sup>205</sup> Cabe observar, todavia, que o ordenamento jurídico estabelece – em alguns casos – exceções a essas características, ou ao seu exercício, no interesse do próprio indivíduo ou coletividade.<sup>206</sup>

<sup>200</sup> Ibidem. p. 50.

<sup>201</sup> Ibidem. p. 49.

<sup>202</sup> BEZERRA JUNIOR, Luís Martius Holanda. Considerações sobre os Direitos da Personalidade e a liberdade de informar. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, n. 87, p. 13-14, maio/ago. 2008.

<sup>203</sup> NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, parte geral. vol. I. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 185.

<sup>204</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 204.

<sup>205</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 48.

<sup>206</sup> PEREIRA. op. cit. p. 204-205.

Acerca da proteção dos direitos da personalidade, há diferentes sanções nos casos de sua violação, como a indenização pelo dano moral, indenização patrimonial e pena pelo atentado (ações cumuláveis). Admitem-se, ainda medidas acautelatórias, em que sobressai a busca e apreensão de material violador.<sup>207</sup>

Quanto às tais proteções, vale a lição de Caio Maio da Silva Pereira:

Ocorrendo lesão ou ameaça contra qualquer direito da personalidade, o titular é investido de legitimação ativa – *legitimatio* – para obter a medida cautelar ou punitiva contra o terceiro. E, se lhe advier prejuízo, serão devidas perdas e danos, a serem avaliadas com obediência aos critérios genéricos destinados à sua estimativa, independentemente de não ser dotado de patrimonialidade o direito lesado ou ameaçado.<sup>208</sup>

Porém, à despeito da tutela dos direitos da personalidade, necessário destacar que, segundo Canotilho, à luz de o âmbito de proteção de tais direitos estarem garantidos na Constituição Federal, o direito civil e penal devem fornecer meios processuais para reprimir sua violação “tendo em conta o respectivo balanceamento com o direito à liberdade de expressão, amplamente entendido, e com os interesses de publicidade e abertura inerentes a uma república de liberdade, democracia e cidadania”.<sup>209</sup>

Última observação quanto à tutela de tais direitos diz respeito à legitimidade ativa para ajuizamento da ação. O direito da personalidade é personalíssimo, ou seja, em vida, somente o ofendido tem direito de ação contra aquele que o desrespeitar. Ocorre que esse direito estende-se à família do titular, o que significa que, quando falecido, tal direito poderá ser exercido por parentes e cônjuge.<sup>210</sup>

Quanto aos direitos da personalidade em espécie, nos ateremos, tendo em vista o tema ora em análise, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos indivíduos. Vejamos.

Antes de analisarmos cada direito em espécie, vale a ressalva de que todos esses direitos listados no art. 5º, X, da Constituição Federal, derivam da *privacidade*

<sup>207</sup> NADER. op. cit. p. 191-192.

<sup>208</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 206.

<sup>209</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E.M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 70-71.

<sup>210</sup> PEREIRA. op. cit. p. 205.

*lato sensu* (gênero).<sup>211</sup> Para grande parte da doutrina, o direito à privacidade é mais amplo, sendo o direito à intimidade espécie desse direito.<sup>212</sup>

Vale a conceituação de Tércio Sampaio Ferraz quanto ao direito à privacidade:

A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto é o bem protegido, que pode ser um a res (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou u m interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito.<sup>213</sup>

A intimidade e a vida privada normalmente estão associadas pela doutrina, usualmente quando se referem à *Teoria das Esferas* (adotada pela doutrina alemã, na lição de Novelino).<sup>214</sup>

A *esfera pessoal* abarca as relações com o meio social. Aqui não há interesse ou vontade na divulgação.<sup>215</sup> A esfera privada contém as informações mais afetas a questões emocionais, exemplificando, têm-se as opções pessoais ou a orientação sexual do indivíduo. As citadas esferas integram a vida privada do indivíduo.<sup>216</sup>

Já a *esfera íntima* compreende a forma de ser de cada indivíduo, ao aspecto psicológico associado aos sentimentos de identidade próprios (autoestima e autoconfiança), assim como à sexualidade. Abarca as esferas confidencial e do segredo, afetas à intimidade.<sup>217</sup>

A honra compreende duas dimensões, a objetiva, que consiste na reputação do indivíduo diante do meio social em que vive, e a subjetiva, que consiste

<sup>211</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 500.

<sup>212</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 280.

<sup>213</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67231/69841>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>214</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 500.

<sup>215</sup> Ibidem.

<sup>216</sup> Ibidem.

<sup>217</sup> Ibidem.

na estima que possui de si próprio. Ademais, são detentoras do direito a indenização por danos morais decorrentes de violação à honra tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas.<sup>218</sup>

Quanto à honra, cabe a lição de Canotilho:

[...] pretende proteger os indivíduos contra imputações difamatórias que, pela sua falsidade, coloquem em causa a imagem moral externa do indivíduo e o seu estatuto social, podendo comprometer a sua capacidade de ação e interação nas esferas da vida social onde ele pretenda movimentar-se.<sup>219</sup>

Por sua vez, o direito à imagem impossibilita, em princípio, a sua captação e divulgação sem o consentimento do próprio indivíduo. A proteção a esse direito é independente do direito à honra. Por essa razão, mesmo que não ocorra ofensa à estima pessoal ou à reputação do indivíduo, é vedada, em um primeiro momento, a utilização da imagem sem o consentimento de seu titular.<sup>220</sup>

Quanto ao direito à imagem, recorremos a Luís Roberto Barroso:

O direito à imagem protege a representação física do corpo humano ou de qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos da pessoa pelos quais ela possa ser reconhecida. A reprodução da imagem depende, em regra, de autorização do titular. Nesse sentido, a imagem é objeto de um direito autônomo, embora sua violação venha associada, com frequência, à de outros direitos da personalidade, sobretudo a honra. Note-se, porém, que a circunstância de já ser público o fato divulgado juntamente com a imagem afasta a alegação de ofensa à honra ou à intimidade, mas não interfere com o direito de imagem, que será violado a cada vez que ocorrerem novas divulgações da mesma reprodução. A doutrina e a jurisprudência, tanto no Brasil como no exterior, registram alguns limites ao direito de imagem. Atos judiciais, inclusive julgamentos, são públicos via de regra (art. 93, IX da Constituição Federal), o que afasta a alegação de lesão à imagem captada nessas circunstâncias. Igualmente, a difusão de conhecimento histórico, científico e da informação jornalística constituem limites a esse direito.<sup>221</sup>

<sup>218</sup> Ibidem.

<sup>219</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E.M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 63.

<sup>220</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 501.

<sup>221</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Privado, São Paulo, p. 105-143 – v. 5 n. 18 abr./jun. 2004. p. 118.



### 3.2.1 Limites ao direito à privacidade.

Assim como ocorre em relação aos demais direitos fundamentais, o direito à privacidade esbarra em restrições, que resultam do próprio fato de se viver em coletividade, bem como de outros princípios constitucionais.<sup>222</sup>

A atribuição de valor absoluto à privacidade é restringida tendo em vista a própria vida em comunidade, com o inerente convívio entre as pessoas daquele grupo social. É possível encontrar interesses públicos – amparado por normas constitucionais – que se sobreponham ao interesse de recolhimento do indivíduo.<sup>223</sup> Dessa forma, o interesse público motivado por algum acontecimento ou por certa pessoa que vive de sua imagem pública ante a sociedade pode suplantar a pretensão da vida íntima.<sup>224</sup>

Quanto ao tema, vale trazermos recorte da lição de Canotilho:

No que diz respeito às figuras públicas, admite-se, de um modo geral, uma maior intrusão nos espaços de privacidade definidos por esses círculos, com vários argumentos, relacionados sobretudo com a sua exposição pública e com o interesse do público da sua vida e da sua conduta. Isto, sem esquecer que, mesmo aí, existem esferas de privacidade reservadas. Já a compressão de direitos de privacidade e intimidade pessoa de indivíduos que não sejam figuras públicas está sujeita a uma ponderação mais apertada com o interesse público.<sup>225</sup>

A divulgação de fatos relacionados a um indivíduo pode ser avaliada como admissível ou como abusiva dependendo das circunstâncias verificadas no caso concreto.<sup>226</sup> Da mesma maneira, deverá ser levada em consideração a forma como foi descoberta a situação relatada ao público, visto que existe grande diferença entre

<sup>222</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 319.

<sup>223</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 504.

<sup>224</sup> Ibidem. p. 506.

<sup>225</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E.M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 68-69.

<sup>226</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Privado, São Paulo, p. 105-143 – v. 5 n. 18 abr./jun. 2004. p. 118.

um caso em que a intimidade de alguém foi exposta pelo próprio titular do direito, daqueles em que a notícia foi obtida e disseminada contra a vontade do seu titular.<sup>227</sup>

O modo de viver do indivíduo afeta – em parte – a extensão e a intensidade de proteção da sua vida privada, sendo reduzida, não anulada, quando se trata de celebridade.<sup>228</sup> Nesse sentido, socorremo-nos da síntese de Luís Roberto Barroso:

A doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: o grau de exposição pública da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública – políticos, atletas, artistas – sujeitam-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto-exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas.<sup>229</sup>

### **3.3 A colisão entre os direitos a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e a liberdade de expressão e informação na jurisprudência.**

Tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos da personalidade no mesmo patamar jurídico constitucional da liberdade de expressão e informação – ambos no 5º da CF –, quando tais direitos entram em choque está-se diante de colisão entre direitos fundamentais.

A fim de solucionar a colisão entre os direitos da personalidade e da liberdade de expressão e informação, a jurisprudência realiza uma ponderação dos bens envolvidos no caso particular, com o mínimo de renúncia dos direitos em questão.<sup>230</sup>

No sopesamento entre esses direitos fundamentais, e visando a solução de tal colisão com fito a dar proteção ao núcleo essencial que envolve os direitos individuais, alguns Tribunais Constitucionais mundo a fora, como o americano, o alemão e o espanhol, vêm notoriamente dando prevalência em abstrato à liberdade

<sup>227</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 319.

<sup>228</sup> BARROSO. op. cit. p. 119.

<sup>229</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Privado, São Paulo, p. 105-143 – v. 5 n. 18 abr./jun. 2004. p. 119.

<sup>230</sup> Ibidem. p. 115.

de expressão e informação em razão de sua valoração como condição *sine qua non* para o funcionamento de uma sociedade plural e democrática.<sup>231</sup>

Segundo Farias, na aplicação em concreto do critério da prevalência em abstrato da liberdade de expressão e informação, alguns aspectos devem ser observados: (a) o público (informações ou indivíduos públicos) deve ser apartado do privado (informações ou indivíduos privados), uma vez que não haveria razoabilidade na aplicação preponderante da liberdade de expressão e informação quando essa liberdade se referir ao âmbito privado dos indivíduos; (b) a informação deve ser verdadeira (história ou notícia devem ser corretas e honestas), pois a informação inverídica ou manipulada perderia a presunção de preferência que tem a seu favor.<sup>232</sup>

No âmbito da jurisprudência nacional, vale citar o histórico precedente do Supremo Tribunal Federal – STF ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130<sup>233</sup>, quando decidiu pela não recepção da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), herança da ditadura militar que assolou o Brasil por mais de duas décadas.

Necessário trazer ao trabalho a Ementa do julgamento da ADPF nº 130 (com grifo nosso):

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÔEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO

<sup>231</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direito: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. p. 140 et. seq.

<sup>232</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direito: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. p. 159

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acessado em: 14 abr. 2015.

PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Conforme se depreende da Ementa, o STF decidiu que o constituinte originário, ao delinear as liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional, as ponderou com os direitos da personalidade, como os direitos à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.

Assim, a partir dessa ponderação, a Constituição teria dado posição de preponderância aos direitos relacionados às liberdades de expressão. Nesse sentido, os direitos da personalidade somente devem ser tutelados judicialmente *a posteriori*, ou seja, somente após a fruição completa da liberdade de expressão – por meio do direito de resposta e da responsabilidade penal e civil, por exemplo.

Em outras palavras: no julgamento da ADPF 130, o STF entendeu que a Constituição Federal deu à liberdade de manifestação do pensamento prevalência, em abstrato, sobre os direitos da personalidade, sendo incompatível com o ordenamento constitucional pátrio qualquer censura prévia, seja ela estatal ou privada.

## **4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20 DO CÓDIGO CIVIL.**

### **4.1 Precedentes judiciais.**

A polêmica não é nova e, inclusive, já vem sendo analisada pelo Poder Judiciário. Escritores biográficos, depois de anos de árduo trabalho debruçados sobre a vida e a obra de muitos dos mais emblemáticos atores da história nacional, se deparam com a frustrante proibição de publicar o material refinado, com a pretensa fundamentação de que as obras, não autorizadas pelos biografados ou por seus representantes legais, seriam uma afronta aos direitos da personalidade, como a honra, a intimidade e a vida privada.

Nesse cenário, existem muitos casos de conflitos judiciais que envolvem escritores e personagens biografados, bem como pesquisadores, editoras, herdeiros e representantes legais. Alguns exemplos são suficientes para ilustrar a problemática. Cito, mais à frente, alguns dos mais emblemáticos para contextualizar a celeuma e que são relativamente atualizados.

Vale destacar que entre os exemplos que passo a enumerar, sobressai a busca por posicionamentos contrários do Poder Judiciário, de modo a ilustrar a total falta de jurisprudência quanto ao tema. De certo, tal discussão ainda é polêmica também nas cortes brasileiras – não há, vale salientar, posicionamento uniforme do Judiciário quando o tema chega à sua alçada. No mesmo sentido, há, também, falta de diálogo entre as instâncias inferiores e os tribunais superiores – o que reforça a falta de conformidade nas decisões proferidas por esse Poder.

Como se verá, os precedentes – já que não há jurisprudência firmada – ilustram a total divergência de posicionamento no âmbito da jurisdição pátria. Em alguns casos, decide-se pela prevalência da honra e da vida privada. Em outros, opta-se pela liberdade de expressão e de acesso à informação. Isso quando não há ambos os posicionamentos no mesmo caso, quando da divergência entre instâncias sobrepostas.

Os fatos abaixo relacionados – e que acabam por merecer relevante atenção, visto que são, como já dito, precedentes quanto ao tema - não estão em

ordem de importância ou relevância para o presente trabalho. Decidiu-se, aqui, ilustrar o tema a partir de casos icônicos por ordem cronológica de acontecimentos. Vejamos.

#### 4.1.1 *Estrela Solitária — Um brasileiro chamado Garrincha*

O primeiro caso a ilustrar o tema é a da biografia não autorizada de Garrincha, o livro *Estrela Solitária – Um brasileiro chamado Garrincha*, da editora Companhia das Letras, lançado inicialmente em 1995.

A divulgação e circulação da obra biográfica de Manuel Francisco dos Santos, popularmente conhecido como Mané Garrincha – um dos maiores jogadores brasileiros de futebol de todos os tempos e personagem importante do Brasil no século XX –, escrita pelo jornalista Ruy Castro sem prévia autorização dos detentores de direito, foi censurada judicialmente no mesmo ano de seu lançamento, tendo em vista ação promovida por herdeiros do biografado, uma vez que supostamente a obra violaria a imagem e honra do personagem retratado.

Os representantes legais do personagem retratado argumentaram na inicial que a publicação e circulação da obra desrespeitariam a intimidade do futebolista. No processo<sup>234</sup>, destacam que a biografia, “de modo chulo, traz a público as particularidades físicas da genitália de Garrincha, tudo isso com o objetivo de tornar atraente o livro e alcançar o lucro objetivado pela ré (editora) e seus sócios nessa lamentável empreitada”. As herdeiras salientaram ainda que o livro biográfico não obteve autorização por quem de direito deveria dar, pedindo, assim, danos morais e materiais advindos da publicação da obra.

O Poder Judiciário, em primeira instância, acolheu fração dos pedidos feitos pela parte autora, reconhecendo apenas o direito à indenização por danos morais. O magistrado sentenciou a Editora Schwartz LTDA (Companhia das Letras, editora da biografia) ao pagamento de mil salários mínimos vigentes à época dos fatos, custas proporcionais e honorários de sucumbência.

---

<sup>234</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 1995.001.117753-0. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numeroProcesso=1995.001.117753-0>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

Tanto a parte autora como a parte ré recorreram da decisão. Os herdeiros de Garrincha pediram um substancial aumento da indenização por danos morais e o reconhecimento de danos materiais retroativas ao lançamento da obra. Já a parte ré ponderou pela nulidade da sentença por falta de apreciação adequada das provas constantes nos autos e pediu o não acolhimento de indenização de qualquer natureza.

Uma vez provocado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a decisão de primeira instância.<sup>235</sup> O respeitado Tribunal fluminense decidiu ter por incabível o dano moral, admitindo, por seu turno, o direito a indenização por dano material no valor correspondente a cinco por cento sobre total do preço do livro a ser apurado em liquidação.

Na decisão, o TJ/RJ entendeu pela prevalência da inviolabilidade da vida privada, da intimidade e da imagem das pessoas, conforme preceitua a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X, em detrimento da livre manifestação do pensamento. Particularmente quanto à indenização patrimonial, entendeu o Tribunal por seu cabimento tendo em vista a falta de autorização para publicação da obra, o que bastaria para configuração do dano material.

Por pertinência, cabe a transcrição literal da ementa do Acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível do TJ/RJ. Vale a ressalva de que a análise jurídica foi feita à luz do Código Civil de 1916, vigente à época do imbróglio jurídico ora em tela:

DIREITO DA PERSONALIDADE. BIOGRAFIA. DIREITO DOS HERDEIROS MERCÊ DA INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA DO BIOGRAFADO, JÁ FALECIDO. BIOGRAFIA NÃO AUTORIZADA RESULTA EM INDENIZAÇÃO AOS HERDEIROS. O art. 5º, inciso X, da C.F dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas. É certo, também, que há princípio constitucional afirmando ser livre a expressão da atividade intelectual e artística, independentemente de censura ou licença (inciso IX do mesmo art. 5º). Todavia, no confronto destes princípios há de prevalecer o primeiro, aquele que protege os direitos da personalidade, que garante ao cidadão a sua inviolabilidade física, moral e de sua imagem de tal sorte que somente ele pode dispor destes atributos. É sabido que o nosso Código Civil não regulou os direitos da personalidade. Mas, por outro lado, isto não implica em que não estejam protegidos e que não tenham reflexo patrimonial. No caso sob exame, entendeu-se que não houve dano moral porque os fatos narrados no livro são públicos e notórios e estão estampados no tempo em todos os jornais e revistas de então. Todavia, quanto ao dano material o que se reveste de ilicitude é a publicação não autorizada e se é correto afirmar

<sup>235</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 2001.001.02270, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Gustavo Kuhl Leite. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200100102270>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

que os direitos da personalidade são intransmissíveis, nem por isto deixam de merecer proteção em favor dos familiares próximos, descendentes e ascendentes, motivo pelos quais condena-se a editora a pagar às filhas do biografado o valor correspondente a 5% sobre o preço de capa, a ser totalizado em liquidação de sentença.<sup>236</sup>

Ambas as partes interpuseram Recursos Especiais perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ.<sup>237</sup>

A 4ª Turma do STJ, por seu turno, entendeu cabível indenização à parte autora por danos morais e materiais. Decidiu o Tribunal Superior por fixar em cem salários mínimos a indenização por dano moral para cada um dos representantes legais do biografado, e, a título de danos materiais, estipulou-se indenização na ordem de cinco por cento sobre o total das vendas da obra, com juros de 6% ao ano.

Note-se que o STJ, assim como o TJ/RJ, foi provocado a se posicionar quanto à transmissibilidade dos direitos da personalidade e legitimidade da parte autora na ação, uma vez que o retratado já era falecido e quem intentava indenização eram suas herdeiras. Tal ocorrência é reflexo da legislação vigente à época, vale repetir, o Código Civil de 1916.

Vejamos o teor da ementa do acórdão do recurso especial em tela:

CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.<sup>238</sup>

<sup>236</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 2.270/01. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003B56ADEFDC08620F303A004261A0F715DE24FC312025A>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>237</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 521.697/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha.

<sup>238</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 521.697/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 15 abr. 2015.



Assim, percebe-se que o STJ, mesmo não se posicionando especificamente quanto à proibição ou não da publicação do livro, acabou por dar prevalência aos direitos da personalidade e da existência de efeitos financeiros pela utilização da imagem de biografado pré-morto, legitimando a possibilidade de dano moral e material reflexos da publicação de biografia não autorizada, dando especial proteção à honra e à imagem do biografado.

Vale destacar que a citação do presente precedente é muito mais válida sob o aspecto da demonstração da temporalidade e da importância da discussão, do que propriamente quanto à relevância jurídica do julgado, uma vez que toda a análise jurídica feita foi sob a égide do então vigente Código Civil pretérito.

Por fim, o livro atualmente está publicado e sendo comercializado normalmente. Porém, o caminho até a pacificação do conflito foi longo. A proibição quanto à publicação da obra durou quase uma década, e depois de todo o imbróglio judicial, as partes envolvidas chegaram a um acordo para a publicação, circulação e venda da biografia *Estrela Solitária — Um brasileiro chamado Garrincha*.

De tal desfecho, qual seja, do acordo para publicação da obra, parece-nos evidente certa motivação financeira dos herdeiros do biografado para intentar ação judicial. A preocupação quanto à vida íntima, a imagem e a honra do personagem retratado, motivo inicialmente premente, parecer ter ficado em segundo plano quando da celebração do acordo, que possivelmente envolveu vultosas cifras.

Essa questão, da mercantilização dos direitos da personalidade do biografado, principalmente quando se trata de biografia *post mortem* com a atuação de representantes legais, pode levar a uma não muito saudável barganha por parte das partes, fazendo da biografia autorizada um mercado lucrativo. Seguindo nessa linha, a precificação da liberdade de expressão (direito este duramente conquistado com a Constituição cidadã de 1988) é um problema que deve ser superado quando da análise do tema.

#### 4.1.2 Roberto Carlos em detalhes.

O famoso cantor Roberto Carlos (um dos expoentes do grupo *Procuere Saber*) foi outro célebre personagem da cultura brasileira que também se viu em meio a imbróglio envolvendo biografia não autorizada. O livro, de autoria do jornalista Paulo César Araújo, foi proibido de ser publicado e comercializado e permanece censurado até hoje.

Segundo o personagem retratado, a publicação de biografia não autorizada consubstancia-se em invasão indevida de sua privacidade, sendo, pois, passível de censura privada. Foi a alegação primordial quando da provocação ao Poder Judiciário em busca de tutela censora.

O Juízo da 20ª Vara Cível do Rio de Janeiro deferiu liminar para suspensão de comercialização da obra, entendendo que em relação a uma biografia, “[...] para que terceiro possa publicá-la, necessário é que obtenha a prévia autorização do biografado [...]”. Decidiu-se, assim, pela retirada de circulação dos exemplares já distribuídos (aproximadamente 11 mil) e pela proibição da publicação de nova edição.<sup>239</sup>

Além da esfera cível, o cantor havia proposto Queixa-crime na Justiça Criminal de São Paulo contra o autor da obra biográfica. A lide, porém, foi resolvida por meio de acordo, que abrangia também a ação cível e que, por reflexo disso, colocava fim ao processo no juízo cível do Rio de Janeiro (desistência homologada posteriormente).

Veja o teor do acordo:

#### TERMO DE CONCILIAÇÃO

Iniciados os trabalhos, proposta a conciliação, e restou aceita nos seguintes termos: os Querelados promoverão a entrega de dez mil e setecentos exemplares - que se acham em estoque, à disposição do Querelante, em dependências de sua empresa, situada na Av. Prefeito João Vila Loboquera, 2253, Jardim Belval, Barueri, prontos à retirada - a partir desta data; em dia

<sup>239</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo nº 2007.001.006607-2. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2007.001.006607-2>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

útil e horário comercial, com prévio aviso do Querelante pelo telefone: 3087.8888 (Querelado Pascoal).

Resgatarão, ainda, dentro em um prazo de sessenta dias, no limite de suas forças, o quanto em livrarias conseguirem encontrar, com imediato encaminhamento ao Querelante, em seu escritório em São Paulo, situado na Alameda Santos, 705, 9º andar (Sr. Reinaldo). O Querelante poderá, ao depois de decorridos os aludidos sessenta dias, adquirir quantas obras encontrar, com ressarcimento dos valores, até o limite mensal de R\$ 2.000,00, ao ato da apresentação das notas fiscais; isto, ao Querelado César – que será contactado pelo telefone 3087.8888, num período de doze meses.

Os Querelados César e Pascoal, assim como a Editora que representam, não mais produzirão a aludida obra, em qualquer título. Paulo César de Araújo, de outro turno, se absterá, doravante, da publicação, total ou parcial, por qualquer outra editora, da obra em discussão, e, em entrevistas, não tecerá comentários acerca do conteúdo da obra no respeitante à vida íntima do Querelante.

O Querelante, uma vez cumprida a composição, manifesta expressa desistência da ação cível intentada contra os Querelados no Estado do Rio de Janeiro, nada mais tendo a reclamar no alusivo aos fatos em debate; seja em seara criminal, seja naquela. Assim acordados, e decorrido, “in albis”, o prazo estabelecido para cumprimento do acordo, arquivem-se os autos. Cada parte arcará com os honorários de seus respectivos Patronos; inclusive na esfera cível.

Os Querelados desistirão do julgamento do agravo de instrumento interposto na esfera cível – Estado do Rio de Janeiro – na quarta-feira próxima, dia 02 de maio. As partes requererão no Juízo cível o sobrestamento do feito, pelo prazo de sessenta dias, mercê dos termos da presente avença; isto, também no próximo dia 02 de maio.

PROMOTOR DE JUSTIÇA: Fausto Junqueira de Paula<sup>240</sup>

O caso em tela é talvez o mais emblemático no que se refere à proibição da biografia não autorizada no Brasil. Como se extrai da composição, as partes acordaram pela censura da obra e pela prevalência da intimidade e da vida privada em detrimento da liberdade de expressão. Mesmo em se tratando de acordo homologado judicialmente, observa-se que o juízo cível fluminense já havia, em primeira instância, suspenso a publicação da biografia, sob o argumento de que a obra não tinha autorização prévia do retratado.

Em que pese tal decisão, claro está que uma vez celebrada a composição, o autor e a editora da obra se viram compelidos a aceitarem os termos do acordo,

<sup>240</sup> Consultor Jurídico. *Editora e jornalista abrem mão de Roberto Carlos em Detalhes*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-abr-27/editora\\_abre\\_mao\\_roberto\\_carlos\\_detalhes](http://www.conjur.com.br/2007-abr-27/editora_abre_mao_roberto_carlos_detalhes)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

uma vez que, logicamente, se viram em situação não favorável frente ao Poder Judiciário. Se assim não fosse, o acordo não teria sido celebrado. O que se observa, mais uma vez, é que a jurisdição tende, em primeiro momento, a tutelar os direitos da personalidade, a partir de interpretação literal do art. 20 do Diploma Civil.

Parece regra que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem condicionam o exercício da liberdade de expressão e do acesso à informação. Mas há, porém, precedentes em sentido contrário, o que ratifica a já citada vacilante jurisprudência brasileira quanto ao tema. Vejamos.

#### *4.1.3 Lampião – O Mata Sete.*

Outro caso que merece destaque e que tem julgado recente é o da biografia não autorizada de Virgulino Ferreira, o Lampião, folclórico personagem do nordeste brasileiro.

A filha de Lampião, Expedita Ferreira Nunes, conseguiu na justiça estadual sergipana a proibição da biografia “Lampião – O Mata Sete”. O livro tornou-se polêmico ao narrar o famoso cangaceiro nordestino como sendo homossexual, apontando um triângulo amoroso entre ele, sua mulher, Maria Bonita, e outro cangaceiro.

Entendeu o julgador que concedeu a medida liminar que proibiu a circulação do livro, em 2011, que a biografia rompia a linha do razoável, expondo a vida íntima do personagem retratado de forma exagerada, de tal sorte desrespeitosa à honra e à intimidade dele e de sua representante legal. Percebe-se, aqui, mais uma vez, a prevalência da tutela dos direitos da personalidade:

Pois bem, entre evitar eventual prejuízo financeiro do requerido, com a proibição da publicação do seu livro e evitar ofensa à honra da requerente e de seus pais, deve o Judiciário, por óbvio, ficar com a segunda opção e proteger a honra e a intimidade da requerente e de seus genitores [...]. Assim, fica fácil perceber, que efetivamente, o texto e o conteúdo do livro a ser publicado pelo requerido, agride de forma frontal e violenta de forma objetiva e contundente todo o orgulho da requerente em relação à conduta e comportamento de seus genitores, como também dela própria. Não é de ninguém novidade, a característica de virilidade que sempre se tentou passar da história de vida de Lampião, pai da requerente, tanto é assim que o mote do livro a ser publicado pelo requerido trata exclusivamente desta questão relativa à opção sexual do mesmo. Tal situação, não teria sequer apelo da

imprensa, se o livro tratasse de eventual aventura homossexual de Lampião, pois são várias as publicações históricas que tratam dessa característica viril do pai da requerente. Então, percebe-se facilmente que a questão diz respeito exclusivamente à intimidade da requerente e de seus genitores, pois de forma expressa, segundo se infere do texto da entrevista concedida pelo requerido ao Jornal Cinform, o mesmo lança dúvidas, inclusive, a respeito da paternidade da requerente.<sup>241</sup>

Em sentido contrário, em recente julgado, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Sergipe, por unanimidade, revisou a sentença de primeiro grau que proibia o lançamento e a venda da obra. Tal decisão é um importante precedente para os biógrafos e para os que defendem a liberdade de expressão.

O desembargador Cezário Siqueira Neto, relator do processo, posicionou-se no sentido de garantir a efetiva fruição do direito à liberdade de expressão, entendendo que tal posicionamento é compatível à jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal (STF). Para o magistrado, há no ordenamento pátrio ferramentas capazes de tutelar os direitos da personalidade, como a indenização *a posteriori* – o ofendido poderia provocar o Poder Judiciário quando da ofensa, caso exista, no intuito de justa indenização, mas nunca com fito a censurar determinada obra literária.

Por relevante, pequeno recorte do voto do desembargador Cezário Siqueira Neto, no acórdão 201415771, uma vez que sintetiza de forma muito clara a problemática ora enfrentada:

[...] É certo que tanto o direito de livre expressão e o direito à honra são expressamente garantidos no Ordenamento Constitucional, porém, ao intérprete cabe a tarefa de buscar o ponto de equilíbrio entre os referidos princípios, quando em conflito.

Assim, necessário compatibilizar as duas garantias constitucionais para que convivam harmonicamente, de modo a não impedir que a imprensa exerça a sua função essencial, conduzindo a informação ao público, tecendo críticas e opiniões úteis ao interesse social e por seu turno, deve-se garantir o direito do cidadão de não ter sua honra e imagem abaladas.

Porém, depois de muito sopesar os direitos envolvidos, adianto a conclusão quanto a não vislumbrar a ofensa à honra da autora a ponto de render-lhe uma indenização.

---

<sup>241</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Processo nº 201110701579, 7º Vara Cível de Aracaju. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual/numero-do-processo>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

No caso em apreço, do confronto de tais princípios não se conclui pela responsabilização do réu, pois não podemos esquecer que as narrativas do autor do livro dizem respeito a figura histórica do casal, e dessa forma descabida a alegada ofensa. [...]

É certo que a entrevista, bem como o livro trata de detalhes da vida íntima do casal de cangaceiros, relata a suposta infidelidade de Maria Bonita com outro cangaceiro do bando de Lampião, chamado por Luís Pedro, fato que, de forma apressada, poder-se-ia concluir por uma suposta ofensa à honra, por trazer detalhes que possivelmente não trariam interesse público.

No entanto, a história nos mostra que, ainda que se trate de tema acerca da intimidade do casal, é importante observar que, fatos dessa natureza, tratando-se de pessoas notórias aguçam a curiosidade e apontam para o interesse público. [...]

Diga-se também que as pessoas históricas têm sua personalidade analisada por diversos escritores, e por isso denotam interesse o estudo até mesmo sobre a sexualidade. Lampião e Maria Bonita fazem parte das personalidades históricas, e por isso, inevitavelmente, devem suportar um maior risco em seus direitos subjetivos da personalidade.<sup>242</sup>

Além de ser importante precedente no sentido de dar guarida à liberdade de expressão em detrimento dos direitos da personalidade, o posicionamento do Tribunal de Justiça de Sergipe é interessante por trazer à discussão a extensão da privacidade, ou a inviolabilidade da intimidade, de pessoas públicas, de cidadãos dotados de notoriedade histórica.

Nesse sentido, depreende-se do voto do relator que, para tais pessoas públicas, é necessário ter em mente, ao sobrepesar a compatibilização entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, o direito à informação e à história, no intuito de justificar a publicidade de fatos de interesse público, independentemente de consentimento prévio dos envolvidos. Entende-se que, nesses casos, existiria uma redução natural dos limites da privacidade.

#### **4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 4.815.**

Justamente por contrapor direitos expressamente prescritos na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal – STF foi provocado a se posicionar

<sup>242</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Processo nº 201400709332. Acórdão 201415771.

Disponível em:

<[http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp\\_numprocesso=201400709332&tmp\\_numacordao=201415771&tmp.expressao=Expedita%20Ferreira%20Nunes](http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201400709332&tmp_numacordao=201415771&tmp.expressao=Expedita%20Ferreira%20Nunes)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

sobre o tema. Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.815<sup>243</sup>, sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) questiona a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro. O escopo do pedido é a “declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto dos dispositivos legais”.

Sustenta a parte autora que a autorização prévia, por parte do biografado – conforme expresso no art. 20 do Diploma Civil – é pura censura privada, o que “violaria as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV)”.<sup>244</sup>

A ANEL argumenta ainda que as pessoas “cuja trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política, haja tomado dimensão pública, gozam de uma esfera de privacidade e intimidade naturalmente mais estreita”. Segundo a Associação, a exigência de prévia autorização do biografado acarreta vulneração de inúmeras garantias que o constituinte originário assegurou de forma plena, independentemente de censura ou licença.

O que a ADI nº 4.815 busca, em síntese, é afastar do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de consentimento do biografado para a publicação ou veiculação de obras biográficas, por ser o único entendimento que se coaduna com a Constituição Federal.

Dessa forma, ante a importância da matéria levada ao STF – de repercussão geral e de interesse público relevante –, essa Corte realizou, em novembro de 2013, Audiência Pública com o escopo de subsidiar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Do debate participaram, dentre outros, representantes da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, da Academia Brasileira de

---

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n 4.815. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4815&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>244</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da ADI nº 4.815. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4271057>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

Letras – ABL, do Sindicato Nacional dos Editores de Livros e do Poder Executivo Federal.

Inclusive, destaca-se que a ABL e a OAB ingressaram na Ação Direta de Inconstitucionalidade ora em discussão como “*amicus curiae*”.<sup>245</sup>

A ABL, que se põe a favor da publicação e circulação de biografias independentemente de autorização prévia, em seu pleito destaca que a liberdade de expressão constitui pressuposto básico da literatura nacional, além de demonstrar a relevância histórica da discussão e do julgamento para o país.

Por seu turno, a OAB, em sua petição, advoga no sentido da procedência da ADI em comento com a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos dispositivos impugnados. Argumenta o douto Conselho Federal que, efetivamente, as liberdades de expressão e de informação traduzem-se como pilares do Estado Democrático de Direito, arduamente alcançado pela sociedade brasileira e ainda em plena e constante reafirmação e consolidação.

Vale a ressalva de que a ADI nº 4.815 está na pauta do STF aguardando julgamento.

#### **4.3 Esfera legislativa.**

Mas não só o Poder Judiciário está analisando o “caso das biografias não autorizadas”. A celeuma também tem sido foco de atenção e de debates no âmbito do Poder Legislativo. Há pelo menos duas propostas em tramitação que visam emendar o art. 20 do Código Civil.

---

<sup>245</sup> Conforme glossário do STF, *amicus curiae* é intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa.



A mais relevante, de autoria do Deputado Newton Lima, é o Projeto de Lei nº 393/11.<sup>246</sup> O referido projeto dispõe sobre a alteração do art. 20 do Código Civil, para garantir a liberdade de expressão, informação e o acesso à cultura.

Pondera o congressista, em seu projeto, que a alteração visa garantir a divulgação de imagens e informações biográficas sobre pessoas de notoriedade pública, cuja trajetória pessoal tenha dimensão pública ou cuja vida esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.

O que se propõe é a inclusão de um segundo parágrafo ao dispositivo, com a seguinte redação:

§ 2º A mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.

Muito esclarecedora é a justificativa de alteração ao Código Civil, que explicita a vontade legislativa de mitigação aos direitos da personalidade (como a imagem, a honra ou a privacidade) quando o sujeito de direitos for “pessoa pública”. Recorto trecho da justificativa legislativa para alteração do texto legal:

As personalidades públicas, entendidas como políticos, esportistas, artistas, entre outros, são pessoas cujas trajetórias profissionais e pessoais confundem-se e servem de paradigma para toda a sociedade. [...] Nossa legislação, entretanto, não faz qualquer distinção entre pessoas públicas, quer por exercerem cargos políticos, quer por serem artistas ou desportistas famosos, das demais pessoas desconhecidas. Em outros países, como, por exemplo, a Inglaterra e os Estados Unidos, o fato das personalidades frequentarem constantemente a mídia diminui o seu direito de imagem e privacidade, tornando lícitos, por exemplo, a publicação de biografias não autorizadas e a realização de obras audiovisuais sobre elas, sem a necessidade de prévio consentimento.<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 393/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491955>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>247</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 393/2011. Inteiro teor. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=41141AC92CBB355FE55CF53BED00AE36.proposicoesWeb2?codteor=840265&filename=PL+393/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=41141AC92CBB355FE55CF53BED00AE36.proposicoesWeb2?codteor=840265&filename=PL+393/2011)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

A Câmara dos Deputados aprovou em maio de 2014 o Projeto de Lei nº 393/11. A matéria, que altera o Código Civil, deve ainda passar por debate e crivo do Senado Federal.

Sobre a tentativa de alterar o art. 20 do Código Civil, vale trazer a lição de Rebeca Garcia:

A tentativa, hoje em evidencia, de alterar o polêmico art. 20 do CC/2002 representa um passo importante. É razoável supor que ela estimula uma cultura histórica e também criativa, em cujo contexto autores e historiadores não tenham receio (prévio) de retratar fatos e aspectos de vidas privadas, de narrar 'estórias' – que se inserem na história, a grande estória sem começo nem fim de que falava Hannah Arendt. A medida, contudo, não parece representar solução final para o problema.<sup>248</sup>

De nossa parte, entendemos que a alteração atuação legislativa no sentido emendar a redação do art. 20 do Diploma legal é válida, mas não necessária. O Poder Judiciário poderia, sem que desrespeitasse a independência e harmonia entre os Poderes, firmar posicionamento no sentido de dar interpretação a tal dispositivo, podendo, por exemplo, editar Súmula Vinculante ou mesmo entendimento jurisprudencial.

#### **4.4 Localização problemática.**

A celeuma jurídica das biografias não autorizadas se dá a partir da interpretação dada aos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro, que tutelam os *direitos da personalidade*.

Os dispositivos em destaque visam, de uma forma ou de outra, dar proteção aos direitos da personalidade. Tal preocupação do legislador é novidade no ordenamento civil pátrio e advém do Código Civil de 2002. Vale ressaltar que no Código pretérito, de 1916, não havia dispositivo paralelo que visassem à tutela dos direitos da personalidade. Trata-se, pois, de inovação legal.

Conforme se apontou inicialmente, a interpretação literal dada aos artigos 20 e 21 do Código Civil põe em colisão, de um lado, a liberdade de expressão e o

---

<sup>248</sup> GARCIA, Rebeca. Biografias não autorizadas: liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 37-70, out./dez. 2012. p.47.

direito à informação<sup>249</sup>, e, do outro, o direito à privacidade<sup>250</sup>. Como se vê, todos direitos essenciais a um Estado Democrático de Direito à semelhança do brasileiro.

Válida a lição de Renato Lessa, quanto ao tema:

Os argumentos contrários a restrições com relação à escritura e circulação de biografias 'não autorizadas' têm se valido de um valor estruturante da nossa forma civilizatória: o princípio da liberdade de expressão. Com efeito, o princípio é pétreo: sua abolição implicaria o risco de dissolução daquilo que o grande teórico social alemão, Nobert Elias, definiu como o processo civilizador. Os argumentos mais restritivos, por sua vez, valem-se de cláusula em nada estranha ao mesmo processo: os princípios da privacidade e da proteção dos indivíduos inserem-se, de modo pleno, no mesmo catálogo de valores que conformaram a nossa forma de vida. Catálogo também composto pelo princípio da liberdade de expressão.<sup>251</sup>

Como acima exposto, e não é demais salientar, o debate teórico é polarizado, precipuamente, entre aqueles que entendem ser os artigos 20 e 21 do Código Civil inconstitucionais em sua essência, por violar as liberdades de expressão e informação, e os que sustentam pela preponderância da vida privada e da tutela dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, indaga-se: tendo em vista o arcabouço constitucional brasileiro, a publicação ou circulação de obras biográficas de pessoas públicas envolvidas em acontecimentos de relevante valor histórico para a coletividade, depende de autorização prévia dos personagens ali retratados (ou de seus familiares, em caso de falecimento do biografado)?

Fato é que para alguns, a interpretação aos arts. 20 e 21 do Diploma Civil deve ser feita de maneira a não usurpar e ou infringir o direito fundamental à informação e às liberdades de expressão e de pensamento. Excluir-se-ia, desse modo, por afronta à Constituição, qualquer entendimento de tais dispositivos legais que limite a publicação de obras biográficas à autorização *a priori* dos biografados ou de seus representantes.

---

<sup>249</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>250</sup> Ibidem.

<sup>251</sup> LESSA, Renato. *Três argumentos em defesa da liberdade das biografias*. Disponível em <<http://www.fndc.org.br/clipping/tres-argumentos-em-defesa-da-liberdade-das-biografias-932810/>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

Nesse sentido, qualquer limitação da publicação e circulação de obras biográficas desrespeitaria, materialmente, o direito fundamental à informação, por criar escolha subjetiva de histórias a serem divulgadas, em sacrifício das liberdades de expressão e de pensamento e em censura de trechos mal quistos pelo retratado, o que configuraria real censura privada, banida pela Constituição Federal.

Por seu turno, a Constituição Federal, no mesmo Título – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – traz, coincidentemente ao lado das liberdades de expressão (inciso IX), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Polo contrário, muitos defendem que a vida privada deverá prevalecer sobre as liberdades de expressão. Para esses, o indivíduo deve ter inviolável sua vida e sua privacidade, posto que direito privado maior, sob pena de afronta a princípio basilar do ordenamento pátrio, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Assim, os citados arts. 20 e 21 do Código Civil, apesar de aparentemente incompatíveis com as liberdades de expressão, estariam em absoluta harmonia com a tutela dos direitos da personalidade. Qual, pois, deve prevalecer?

O Diploma Civil pátrio traz todo um capítulo sobre os direitos da personalidade, qual seja, dos artigos 11 ao 21. Aqui, cabe fazer menção especial aos dois últimos artigos do referido capítulo, arts. 20 e 21, que, como já dito, dão embasamento jurídico à discussão que envolve o caso das biografias não autorizadas, em especial quanto à necessidade (ou não) de prévia autorização do personagem biografado ou de seus representantes legais para a publicação de obras do gênero.

Vale a redação literal do art. 20 (com grifo do autor):

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.<sup>252</sup>

Nessa ordem, a lição do jurista Paulo Nader, com seu viés civilista e protetor da vida privada, para quem mesmo pessoas públicas tem protegido sua vida privada. Ainda segundo o civilista, o art. 20 do Código Civil disciplina a tutela à vida privada, podendo o lesado procurar o Poder Judiciário a fim de ver impedido a circulação de fatos pertinentes à esfera pessoal da vida íntima.

Segundo Nader:

As pessoas que exercem função pública, ou que se projetam de qualquer modo no mundo da fama, são visadas e tornam-se permanente tema de exploração na imprensa em geral, seja mediante fotografias, colunas sociais, reportagens. Os arts. 20 e 21 do Código Civil, nestes casos, tutelam apenas a vida privada, a que diz respeito ao âmbito pessoal, familiar. É evidente que se exclui da proibição os episódios que envolvam crimes. A parte interessada poderá recorrer ao Judiciário nestas circunstâncias, seja para impedir a publicação de matéria de que tenha conhecimento, seja para retirar de circulação jornais ou revistas que veiculem fatos de sua vida privada.<sup>253</sup>

Da análise da redação do art. 20 do CC, percebe-se que consagra a proteção de muitos valores e princípios. O dispositivo em apreço acaba por acarretar divergência de entendimento, possibilitando interpretação que, em respeito aos direitos da personalidade – em especial a honra, a imagem, a privacidade e a intimidade -, poria em segundo plano o direito fundamental à liberdade de expressão, de pensamento e à informação. Vale enfatizar que é aqui o cerne da questão.

Importante mencionar, também, as palavras do civilista Carlos Roberto Gonçalves, quanto à tutela constitucional e civil dos direitos da personalidade. Gonçalves faz a ressalva de que, segundo a redação do art. 20 do Código Civil, a tutela aos direitos da personalidade é tão ampla que dispensa inclusive o desrespeito de tal instituto para obtenção de indenização.

---

<sup>252</sup> BRASIL. Lei n 10.406. Código Civil Brasileiro (2002). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>253</sup> NADER, Paulo. *Curso de Direito civil*, parte geral. 9ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.190. vol. 1.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a simples publicação de fatos privados não autorizados já é motivo suficiente para a indenização:

A Carta Magna foi explícita em assegurar, ao lesado, direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Nos termos do art. 20 do Código Civil, a reprodução de imagem para fins comerciais, sem autorização do lesado, enseja o direito a indenização, ainda que não lhe tenha atingido a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.<sup>254</sup>

Nesse sentido, recorro novamente às precisas lições de Gustavo Tepedino, se posicionando de modo diligente quanto ao art. 20 do Código Civil:

[...] o dispositivo há de ser interpretado sistematicamente, admitindo-se a divulgação não autorizada de imagem alheia sempre que indispensável à afirmação de outro direito fundamental, especialmente o direito à informação – compreendendo a liberdade de expressão e o direito a ser informado. Isto porque tal direito fundamental é também tutelado constitucionalmente, sendo essencial ao pluralismo democrático. Daqui decorre uma presunção de interesse público nas informações veiculadas pela imprensa, justificando, em princípio, a utilização da imagem alheia, mesmo na presença de finalidade comercial, que acompanha os meios de comunicação no regime capitalista”.<sup>255</sup>

Na esteira, examine-se, também, o teor do artigo subsequente do Diploma civil (com grifo do autor):

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.<sup>256</sup>

O artigo em destaque, consoante total harmonia com a redação do décimo inciso dos direitos fundamentais prescritos no artigo 5º da Carta Magna, suprarreferido, parece, também a depender da interpretação feita, resguardar a intimidade do indivíduo, facultando ao prejudicado o direito de peticionar que se interrompa o ato inconveniente ou ilegal.

<sup>254</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, volume 1: parte geral, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 201.

<sup>255</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 53.

<sup>256</sup> BRASIL. Lei n 10.406. Código Civil Brasileiro (2002). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

De toda sorte, claro está que os arts. 20 e 21 do Código Civil, ao tutelarem a imagem, a privacidade e a honra das pessoas, devem ser entendidos e executados em conformidade com a Carta Magna Constitucional (assim como a interpretação *in abstracto* de qualquer outra norma infraconstitucional), de modo a não sacrificar qualquer dos princípios ou preceitos alçados à estatura constitucional pelo constituinte originário.

Vale lembrar que tanto as liberdades de informação e de expressão como a tutela à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade, expressões da personalidade humana, encontram-se constitucionalmente inseridas no rol das garantias fundamentais.

#### **4.5 Interpretação constitucionalmente adequada do art. 20 do Código Civil.**

Conforme já amplamente destacado, as Constituições contemporâneas abarcam em seus textos inúmeros direitos fundamentais, reflexo direito da evolução das sociedades e de seus anseios. Assim, com uma gama diversa de normas de direitos fundamentais validamente expressas abstratamente, as colisões entre tais direitos tornam-se cada vez mais naturais.<sup>257</sup>

Nessa esteira, o art. 20 do Código Civil, como já visto, tutela os direitos da personalidade, procurando ditar modelo que possa deslindar possíveis conflitos entre os direitos da personalidade e as liberdades de informação e de expressão.<sup>258</sup>

Segundo Barroso, uma interpretação rasa (ou não sistêmica) do dispositivo em destaque é pouco eficaz e em desacordo com o ordenamento constitucional. Isso porque o entendimento mais evidente do art. 20 leva a crer que “pode ser proibida, a requerimento do interessado, a utilização da imagem de alguém ou a divulgação de fatos sobre a pessoa, em circunstâncias capazes de lhe atingir a honra, a boa fama

---

<sup>257</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 266.

<sup>258</sup> BARROSO. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

ou a respeitabilidade, inclusive para fins jornalísticos (já que a norma não distingue)”.<sup>259</sup>

Passaremos, nesta análise, ao largo das exceções contidas no enunciado do artigo, quais sejam, a circunstância de a exibição ser necessária para a administração da justiça ou a manutenção da ordem pública, uma vez que tais expressões, genéricas e pouco inteligíveis, não encontram amparo constitucional.<sup>260</sup>

Oportuna, porém, a visão de Luís Roberto Barroso:

Em primeiro lugar, o dispositivo transcrito emprega dois estranhos conceitos – *administração da justiça* e *manutenção da ordem pública* –, que não constam do texto constitucional e são amplamente imprecisos e difusos. Que espécie de informação ou imagem de uma pessoa poderia ser necessária à administração da justiça? Fatos relacionados a condutas ilícitas, na esfera cível e criminal, talvez. E quanto à *manutenção da ordem pública*? Trata-se de conceito ainda mais indefinido. De toda sorte, a fragilidade constitucional desses conceitos pode ser facilmente percebida mediante um exercício simples: o teste de sua incidência sobre diversas hipóteses é capaz de produzir resultados inteiramente incompatíveis com a Constituição.<sup>261</sup>

Dessa forma, a interpretação literal do enunciado do art. 20 do Código Civil brasileiro desemboca em uma colisão direta com a Constituição Federal, uma vez que as liberdades de expressão e de informação estariam comprometidas aprioristicamente, consagrando, segundo Barroso, uma “inválida precedência abstrata de outros direitos fundamentais sobre as liberdades em questão”.<sup>262</sup>

Contudo, há autores que vislumbram uma possível interpretação do dispositivo em conformidade à Constituição Federal. Traremos, por oportuno, as visões do próprio Luís Roberto Barroso e de José Gomes Canotilho. Vejamos.

---

<sup>259</sup> Ibidem.

<sup>260</sup> Ibidem.

<sup>261</sup> BARROSO. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>262</sup> Ibidem.



Para Barroso, a única forma do dispositivo subsistir validamente seria adotando visão de inteira excepcionalidade à possibilidade de autorização prévia do interessado:

A interpretação que se entende possível extrair do art. 20 referido – já no limite de suas potencialidades semânticas, é bem de ver – pode ser descrita nos seguintes termos: o dispositivo veio tornar possível o mecanismo da proibição prévia de divulgações (até então sem qualquer previsão normativa explícita) que constitui, no entanto, providência inteiramente excepcional. Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação. Ou seja: ao contrário do que poderia parecer em uma primeira leitura, a divulgação de informações verdadeiras e obtidas lícitamente sempre se presume necessária ao bom funcionamento da ordem pública e apenas em casos excepcionais, que caberá ao intérprete definir diante de fatos reais inquestionáveis, é que se poderá proibi-la. Essa parece ser a única forma de fazer o art. 20 do Código Civil conviver com o sistema constitucional; caso não se entenda o dispositivo dessa forma, não poderá ele subsistir validamente.<sup>263</sup>

Já José Gomes Canotilho destaca, em forçosa interpretação, que o único entendimento capaz de adequar o art. 20 à Constituição seria em “proceder-se a uma redução teleológica, considerando que o CC não pretendeu proibir biografias não autorizadas, mas apenas garantir meios de tutela quando estivesse em causa a honra, a boa fama ou a respeitabilidade”.<sup>264</sup> No entanto, ressalva o jurista português que tal interpretação é duvidosa quanto à verdadeira intensão do legislador infraconstitucional.<sup>265</sup>

#### **4.6 Aplicação da técnica da ponderação ao caso das biografias não autorizadas.**

Conforme já visto, o art. 20 do Código Civil brasileiro serve de base para a proibição *a priori* da publicação e circulação de biografias não autorizadas pelo personagem retratado. Trata-se, em outras palavras, de censura privada.

Assim, por estarmos, no caso da interpretação dada ao contido no artigo 20 do diploma cível, diante da colisão de direitos fundamentais, vale fazermos um

<sup>263</sup> BARROSO. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>264</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E.M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 23.

<sup>265</sup> Ibidem.

exercício de ponderação, aplicando ao caso a técnica já amplamente estudada no presente trabalho.

Logo, vale o questionamento se o artigo em questão estaria em desacordo ao princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, valendo-nos da estrutura racional definida pela doutrina, qual seja, dos três sub-princípios (da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito), analisaremos se a restrição contida no dispositivo é proporcional.

Como já falado, os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito devem ser aplicados de maneira subsequente, por serem interdependentes, verdadeiros pressupostos de validade uns dos outros.

De início, devemos saber se a restrição feita pelo intérprete é adequada. A restrição só se justificaria se se mostrar plenamente *adequada* à proteção de outra norma de direito fundamental. Em outras palavras, o meio utilizado deve ser adequado aos fins pretendidos, e que tais fins sejam juridicamente legais.

O dispositivo em destaque visa tutelar os direitos da personalidade, direitos esses alçados à posição de direitos fundamentais pela Constituição Federal. Os fins, então, são juridicamente legítimos no caso em tela: a lei protegendo o direito à intimidade do personagem retratado na biografia, intimidade esta constitucionalmente assegurada.

Mas não basta a restrição ser adequada. Deve, também, ser necessária. Por necessária entende-se que a restrição deve ser a menos gravosa à norma de direito fundamental. Proíbe-se o excesso. Ou seja, exige-se que os meios empregados devam ser os menos onerosos aos titulares da norma. Havendo outra restrição menos gravosa ao âmbito de proteção do direito restringido – será, a restrição, desnecessária diante da menos gravosa ao direito fundamental em análise.

Ora, no caso das biografias não autorizadas, o meio utilizado parece-nos o necessário à consecução dos fins pretendidos. Não há forma menos gravosa de proteger os direitos da personalidade de seu titular do que restringido a possibilidade de publicação da obra biográfica. Ressaltando: a forma mais eficiente e menos

gravosa à tutela da intimidade parece ser a proibição das biografias. Qualquer outro meio que não a interdição do livro parece-nos mais gravosa à proteção da intimidade.

Até agora, superamos dois dos subprincípios pertinentes. Já destacamos que o meio empregado foi o da proibição da publicação e circulação das biografias não autorizadas. Já os fins desejados reduzem-se à tutela dos direitos da personalidade e a consequente interdição da circulação de obras não autorizadas.

O último subprincípio da proporcionalidade a ser aplicado é a proporcionalidade em sentido estrito, que nada mais é do que ponderar. Ponderar é analisar as circunstâncias de fato e de direito do caso concreto, investigando com razoabilidade os fatos, levando a norma abstrata à aplicação no campo do concreto. Busca-se, com a ponderação, saber se é plenamente justificável a restrição à uma norma de direito fundamental.

Ponderar é sopesar, no caso concreto, a proporção da restrição à norma de direito fundamental impactada por tal restrição e a importância da prevalência da norma de direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Trazendo ao caso das biografias não autorizadas: é sopesar a importância das liberdades de expressão e informação em relação aos direitos da personalidade, ponderando se é razoável a restrição dos primeiros frente os segundos.

Barroso sugere alguns parâmetros constitucionais para a ponderação em hipóteses de colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.<sup>266</sup> Vale citá-los: 1) a veracidade do fato; 2) a licitude do meio empregado na obtenção da informação; 3) Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; 4) o local do fato; 5) a natureza do fato; 6) a existência de interesse público na divulgação em tese; e, por fim, 7) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos.

---

<sup>266</sup> BARROSO. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*: critérios de ponderação, interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

Com base em todo o exposto até agora, ao negar a liberdade de expressão do escritor e o direito difuso à informação de toda a sociedade brasileira sobre fatos e histórias de personagens marcantes da vida nacional, o entendimento do art. 20 do diploma civil que interdita as liberdades de expressão e informação em detrimento da intimidade causa dano muito maior do que as vantagens que poderia acarretar. Logo, a interpretação dada ao dispositivo em análise não supera o exame da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito).

Sendo mais objetivo: não é razoável tamanha intervenção na liberdade de expressão do indivíduo (escritor biográfico) e no direito à informação da coletividade (potenciais leitores), tendo como escopo único a proteção dos direitos da personalidade do personagem retratado na biografia. Assim, seria plenamente justificável mitigar a norma de direito fundamental que tutela a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, tendo em vista o destaque que se dá à liberdade de expressão e ao direito à informação nos Estados Democráticos de Direito ao exemplo do brasileiro. Além de tudo, personagens históricos da história nacional têm o âmbito de tutela de sua vida privada mitigado, justamente por serem indivíduos públicos e notórios.<sup>267</sup> Qualquer interpretação ao art. 20 do Código Civil que proíba, iniba ou mitigue a liberdade de expressão é inconstitucional em sua essência.<sup>268</sup>

Vejamos a síntese de Gustavo Tepedino:

A exigência de autorização do biografado ou de seus familiares (na hipótese de pessoa falecida) prévia à publicação de biografia representa intolerável violação às liberdades de informação, expressão e pensamento, constitucionalmente tuteladas, a configurar, a partir da ponderação *in abstracto*, censura privada, acarretando, inevitavelmente, a extinção do gênero biografia. Por isso mesmo, tal interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil afigura-se inconstitucional, não podendo ser admitida.<sup>269</sup>

Veja que a norma de direito fundamental que protege os direitos da personalidade (CF, art. 5º, inciso X) não deve ser preterida como regra inflexível, pré-definida.

<sup>267</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 219.

<sup>268</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E.M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014. p.23.

<sup>269</sup> TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre biografias no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262, p. 299-312, jan./abr. 2013. p.315.

Nesse sentido, a lição de Sarlet:

A solução desse impasse, como é corrente, não poderá dar-se com recurso à ideia de uma ordem hierarquicamente abstrata dos valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios.<sup>270</sup>

Vale ressaltar que toda e qualquer colisão entre direitos fundamentais deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, a partir do sopesamento, no caso concreto, dos valores em jogo e das circunstâncias fáticas e jurídicas que se apresentam.<sup>271</sup>

---

<sup>270</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. P. 402-403. .

<sup>271</sup> Ibidem.

## 5 CONCLUSÃO

As Constituições contemporâneas abarcam em seus textos inúmeros direitos fundamentais, reflexo direito da evolução das sociedades e de seus anseios. Assim, com uma gama diversa de normas de direitos fundamentais validamente expressas abstratamente, as colisões entre tais direitos tornam-se cada vez mais naturais.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos da personalidade com o mesmo *status* jurídico da liberdade de expressão e informação – ambos no 5º da CF –, quando tais direitos entram em choque está-se diante de colisão entre normas de direitos fundamentais.

Deve-se ter em mente, de início, que não existe hierarquia entre normas de direitos fundamentais (por estarem no mesmo plano jurídico-constitucional). Assim, é evidente que, em caso de colisão, não há possibilidade de se adotar regra abstrata que dê prevalência concreta a determinado direito fundamental em detrimento de outro direito fundamental.

Claro está que os direitos fundamentais sofrem limitação em seu âmbito de proteção, não sendo absolutos – encontram limitações em outros direitos constitucionalmente consagrados, por exemplo.

Existe uma distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo, assim como a adotada na teoria dos princípios de Robert Alexy. Inicialmente, as normas de direitos fundamentais consagram um direito *prima facie*, podendo ser limitadas por normas em sentido contrário. Dessa forma, o direito definitivo somente será determinado a partir de um caso concreto, com a devida ponderação e aplicação da regra da proporcionalidade em relação aos princípios em conflito. Assim, os direitos fundamentais devem ser encarados, primordialmente, como princípios (definidores somente de posições *prima facie*).

As normas de direitos fundamentais devem ser analisadas sistematicamente, ou seja, o intérprete deve ter em mente todo o arcabouço principiológico constitucional, de modo a garantir os objetivos delineados pelo

constituente. Logo, a definição do âmbito de proteção depende de uma interpretação sistemática e ampla de todo o texto constitucional.

Segundo os teóricos que vislumbram um suporte fático amplo, o que cabe no âmbito de proteção do direito fundamental é tudo que abstratamente pode ser considerado protegido. Trata-se, pois, de concepção alargada dos direitos fundamentais. Não se exclui, *a priori*, qualquer conduta do âmbito de proteção do direito (proteção *prima facie*).

Nesse sentido, considerando a atual realidade de nossa Constituição, tendo em vista o princípio da unidade da Constituição (as normas constitucionais devem ser interpretadas de maneira não isoladas; são, isso sim, preceitos integrantes de um arcabouço sistêmico de regras e princípios) e, ainda, considerando que direitos fundamentais são, em essência, princípios que devem ser vistos com âmbito de proteção alargado, resta-nos evidente que diuturnamente nos deparamos com a colisão de direitos fundamentais.

Existem direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal. É possível a limitação oriunda da colisão de uma norma de direito fundamental com outras normas de direitos fundamentais, o que atestaria certas restrições, mesmo que não expressos no texto constitucional.

A liberdade de expressão e o direito à informação são dois exemplos de normas de direitos fundamentais sem expressa previsão de limitação no texto da Constituição Federal. Quando tais normas entram em choque com outras normas de direitos fundamentais, como os direitos da personalidade, é legítimo o estabelecimento de limitações no caso concreto.

Quando o intérprete se depara diante de uma colisão de direitos fundamentais, deve se utilizar de ferramentas que possam lhe auxiliar na busca do sopesamento adequado entre os direitos colidentes, levando-se em conta, logicamente, o âmbito de proteção pretendido pelo constituinte, de modo a dar aplicabilidade prática em conformidade à Constituição vigente.

Nesse sentido, merece destaque o *princípio da proporcionalidade*, uma vez que a restrição de um direito alçado à condição de direito fundamental merece diligência, devendo, pois, ser proporcional.

Cabe, pois, ao intérprete buscar a compatibilidade entre os direitos conflitantes, considerando as circunstâncias fáticas e de direito do caso concreto, sopesando os bens, valores e interesses, a fim de decidir qual dos direitos deverá prevalecer naquele determinado caso.

Trazendo ao caso das biografias não autorizadas: é sopesar a importância das liberdades de expressão e informação em relação aos direitos da personalidade, ponderando se é razoável a restrição dos primeiros frente os segundos.

As liberdades de expressão e informação constituem verdadeiros pressupostos de existência das sociedades democráticas contemporâneas. O respeito a tais valores é, inclusive, considerado indicativo de um saudável regime democrático.

O direito à liberdade de expressão deve ser entendido com um âmbito normativo alargado. Depreende-se da Constituição Federal que o direito à liberdade de expressão é amplamente tutelado, estando à salvo de qualquer forma de censura, particularmente da censura prévia.

Percebe-se, diante das vedações constantes no texto constitucional, que a liberdade de expressão possui ampla proteção, ocorrendo limitações apenas quando encontrem sustentação nos direitos e garantias individuais. Como todos os direitos consagrados na Constituição, essa liberdade não possui caráter absoluto, estando, assim, passível de apreciação judicial, a fim de que seja exercida em harmonia com os demais direitos constitucionais protegidos.

No mesmo sentido, a atribuição de valor absoluto à privacidade é restringida tendo em vista a própria vida em comunidade, com o inerente convívio entre as pessoas daquele grupo social. É possível encontrar interesses públicos – amparado por normas constitucionais – que se sobreponham ao interesse de recolhimento do indivíduo. Dessa forma, o interesse público motivado por algum



acontecimento ou por certa pessoa que vive de sua imagem pública ante a sociedade pode suplantar a pretensão da vida íntima.

A divulgação de fatos relacionados a um indivíduo pode ser avaliada como admissível ou como abusiva dependendo das circunstâncias verificadas no caso concreto. Da mesma maneira, deverá ser levada em consideração a forma como foi descoberta a situação relatada ao público, visto que existe grande diferença entre um caso em que a intimidade de alguém foi exposta pelo próprio titular do direito, daqueles em que a notícia foi obtida e disseminada contra a vontade do seu titular.

No julgamento da ADPF 130, o STF entendeu que a Constituição Federal deu à liberdade de manifestação do pensamento prevalência, em abstrato, sobre os direitos da personalidade, sendo incompatível com o ordenamento constitucional pátrio qualquer censura prévia, seja ela estatal ou privada. Segundo entendimento do Supremo, a Constituição teria dado posição de preponderância aos direitos relacionados às liberdades de expressão. Nesse sentido, os direitos da personalidade somente devem ser tutelados judicialmente *a posteriori*, ou seja, somente após a fruição completa da liberdade de expressão – por meio do direito de resposta e da responsabilidade penal e civil, por exemplo. Trata-se de paradigma.

Da análise da redação do art. 20 do CC, percebe-se que o artigo consagra a proteção de muitos valores e princípios. O dispositivo em apreço acaba por acarretar divergência de entendimento, possibilitando interpretação que, em respeito aos direitos da personalidade – em especial a honra, a imagem, a privacidade e a intimidade -, poria em segundo plano o direito fundamental à liberdade de expressão, e o direito à informação. Vale enfatizar que é aqui o cerne da questão.

Dessa forma, a interpretação literal do enunciado do art. 20 do Código Civil brasileiro desemboca em uma colisão direta com a Constituição Federal, uma vez que as liberdades de expressão e de informação estariam comprometidas aprioristicamente, consagrando uma ilegítima primazia abstrata dos direitos à personalidade frente as liberdades de expressão e de informação. Vale ressaltar: para que possa continuar a existir validamente, o art. 20 do Código Civil deve ser interpretado em consonância à Constituição Federal.

Ao negar a liberdade de expressão do escritor e o direito difuso à informação de toda a sociedade brasileira sobre fatos e histórias de personagens marcantes da vida nacional, o entendimento do art. 20 do diploma civil que interdita as liberdades de expressão e informação em detrimento da intimidade causa dano muito maior do que as vantagens que poderia acarretar. Logo, a interpretação dada ao dispositivo em análise não supera o exame da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito).

Não é razoável tamanha intervenção na liberdade de expressão do indivíduo (escritor biográfico) e no direito à informação da coletividade (potenciais leitores), tendo como escopo único a proteção dos direitos da personalidade do personagem retratado na biografia.

Assim, seria plenamente justificável mitigar a norma de direito fundamental que tutela a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, tendo em vista o destaque que se dá à liberdade de expressão e ao direito à informação nos Estados Democráticos de Direito ao exemplo do brasileiro. Além de tudo, personagens emblemáticos da história nacional têm o âmbito de tutela de sua vida privada mitigado, justamente por serem indivíduos públicos e notórios.

Assim sendo, qualquer interpretação ao contido no art. 20 do Código Civil brasileiro que proíba, iniba ou mitigue a liberdade de expressão e o direito à informação aprioristicamente são inconstitucionais em sua essência.

Veja que a norma de direito fundamental que protege os direitos da personalidade (CF, art. 5º, inciso X) não deve ser preterida como regra inflexível, pré-definida. Vale ressaltar que toda e qualquer colisão entre direitos fundamentais deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, a partir do sopesamento, no caso concreto, dos valores em jogo e das circunstâncias fáticas e jurídicas que se apresentam.

No entanto, eventual censura prévia fere a Constituição Federal. Assim, interpretação dada ao art. 20 do CC que assegure intervenção *a priori* de modo a garantir o respeito aos direitos da personalidade mostra-se de todo inconstitucional.

O exercício descomedido das liberdades de expressão e de acesso à informação (que pode ocorrer, por exemplo, em casos de distorção da realidade por conta do escritor, a inserção de passagens históricas inverídicas ou ainda através da obtenção de informações por meios escusos e em desacordo à legislação) deve e já é penalizado pela disciplina jurídica. Mas, frisa-se, tal penalidade deve ser sempre de forma *a posteriori*, e nunca censura prévia.

Claro está, pois, que o direito civil, penal e processual devem subsidiar meios para coibir desrespeitos aos direitos da personalidade, mas sempre tendo em consideração o necessário sopesamento com as liberdades de expressão e de informação. Vale ressaltar: tratam-se de ações *a posteriori*.

Conclui-se, assim, que, em consonância à Constituição Federal, a publicação de livros biográficos dispensa a anuência prévia do personagem retratado. No mesmo sentido, se não for possível comprovar abusos no exercício das liberdades de expressão e de informação, não há perspectiva de responsabilização do biógrafo.

Dessa forma, a expectativa é que o Supremo Tribunal Federal – STF, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.815, dê interpretação sistemática aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em concordância à Constituição Federal, e, assim, declare a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, pondo fim à discussão que envolve biografias não autorizadas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.5. n. 18, p. 105-143, abr./jun. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, 2004. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEZERRA JUNIOR, Luís Martius Holanda. Considerações sobre os Direitos da Personalidade e a liberdade de informar. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, n. 87, p. 13-14, maio/ago. 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 393/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491955>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n 10.406. Código Civil Brasileiro* (2002). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. *Constituição Federal* (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 521.697/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n 4.815. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4815&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acessado em: 14 abr. 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1.957/PR. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo393.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Voto do ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 2.270/01. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003B56ADEFD C08620F303A004261A0F715DE24FC312025A>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo nº 2001.001.02270, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Gustavo Kuhl Leite. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200100102270>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo nº 1995.001.117753-0. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=1995.001.117753-0>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo nº 2007.001.006607-2. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2007.001.006607-2>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Processo nº 201400709332. Acórdão 201415771. Disponível em: <[http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp\\_numprocesso=201400709332&tmp\\_numacordao=201415771&tmp.expressao=Expedita%20Ferreira%20Nunes](http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201400709332&tmp_numacordao=201415771&tmp.expressao=Expedita%20Ferreira%20Nunes)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. 7º Vara Cível de Aracaju. Processo nº 201110701579. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual/numero-do-processo>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E.M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014.

Consultor Jurídico. *Editora e jornalista abrem mão de Roberto Carlos em Detalhes*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-abr-27/editora\\_abre\\_mao\\_roberto\\_carlos\\_detalhes](http://www.conjur.com.br/2007-abr-27/editora_abre_mao_roberto_carlos_detalhes)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direito: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67231/69841>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

GARCIA, Rebeca. Biografias não autorizadas: liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 37-70, out./dez. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 1: parte geral*, 9. Ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

LESSA, Renato. *Três argumentos em defesa da liberdade das biografias*. Disponível em <<http://www.fndc.org.br/clipping/tres-argumentos-em-defesa-da-liberdade-das-biografias-932810/>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, parte geral*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. vol. I.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

Organização das Nações Unidas. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, n. 4, p. 23-51, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Código Civil interpretado conforme a Constituição da república – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre biografias no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 299-312, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8909/7815>. Acesso em: 04 nov. 2013.